

SOPHIE BEAUCAMP

Rechtsdurchsetzung durch Technologie

Internet und Gesellschaft

26

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von

Jeanette Hofmann, Matthias C. Kettemann,
Björn Scheuermann, Thomas Schildhauer
und Wolfgang Schulz

26



Sophie Beaucamp

Rechtsdurchsetzung durch Technologie

Grundlagen und rechtliche Bedingungen am Beispiel
des Einsatzes von Filtertechnologien im Urheberrecht

Mohr Siebeck

Sophie Beaucamp, geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin und der London School of Economics and Political Science; Rechtsreferendariat am Kammergericht Berlin; 2017–2018 Rechtsanwältin; Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft; 2021 Promotion.
orcid.org/0000-0002-2650-1810

Zugleich Dissertation an der Humboldt-Universität zu Berlin

ISBN 978-3-16-161411-8 / eISBN 978-3-16-161412-5
DOI 10.1628/978-3-16-161412-5

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

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

© 2022 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen aus der Times New Roman gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die Arbeit ist im Rahmen meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin der Forschungsgruppe 17 „Vertrauen in verteilten Umgebungen“ am Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft entstanden.

Sie wurde im Mai 2021 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität als Dissertation angenommen. Das sehr aktuelle Beispiel aus dem Urheberrecht unterliegt naturgemäß einer stetigen Entwicklung. Aber auch die rechtstheoretische Auseinandersetzung um den als Paradoxon formulierten Themenkomplex *Recht zum Rechtsverstoß* hat während der Bearbeitung der Dissertation an Fahrt aufgenommen und rückt im wissenschaftlichen Diskurs mehr und mehr in den Vordergrund. Die Literatur befindet sich auf dem Stand von April 2021. Bis Juli 2021 wurden aktuelle Entwicklungen, wie unter anderem die Verabschiedung des Gesetzes über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten eingearbeitet. Literatur konnte teilweise noch aufgenommen und aktualisiert werden.

Prof. Dr. Axel Metzger danke ich herzlich für die engagierte Betreuung und Unterstützung in jeder Phase meiner Arbeit. Seine wertvollen Anregungen haben wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Prof. Dr. Herbert Zech. Bei dem Principal Investigator meiner Forschungsgruppe Prof. Dr. Björn Scheuermann bedanke ich mich für den großen Freiraum und das Vertrauen, das er mir entgegengebracht hat.

Das inspirierende Umfeld am Weizenbaum-Institut hat die Arbeit in dieser Form erst möglich gemacht. Dabei möchte ich vor allem den Mitgliedern meiner Forschungsgruppe für die vielen Diskussionen und die interdisziplinären Erkenntnisse danken. Von besonderer Bedeutung waren für mich die Gespräche mit dem Leiter meiner Forschungsgruppe Dr. Martin Florian und seine stetige Ermutigung. Freundinnen und Freunden und Kolleginnen und Kollegen am Institut danke ich für den kontinuierlichen, wertvollen fachlichen und überfachlichen Austausch. Ganz besonders denke ich dabei an Dr. Sebastian Henningsen, Jakob Metzger, Valeria Nieberg und Dr. Alexander Schiff.

Zudem danke ich dem Bundesministerium für Bildung und Forschung und dem Projektträger des Weizenbaum-Instituts für die Förderung des Drucks sowie

dem Herausgeberkreis des Mohr Siebeck Verlags für die Aufnahme in die Schriftenreihe Internet und Gesellschaft.

Für den teilnehmenden und innigen Beistand auf dem langen Weg meiner bisherigen juristischen Laufbahn danke ich von Herzen meiner Familie und ganz besonders Konstantin Minnich.

Berlin im Dezember 2021

Sophie Beaucamp

Inhaltsübersicht

Vorwort	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Einleitung	1

Erster Teil: Grundlagen

<i>Kapitel 1:</i> Automatisierung als Schnittstelle von Technologie und Recht	9
<i>Kapitel 2:</i> Steuerungscharakter von Technologie	33

Zweiter Teil: Beispiel Filtertechnologien im Urheberrecht

<i>Kapitel 3:</i> Filtertechnologien im Urheberrecht als Ausprägung automatisierter Rechtsdurchsetzung	75
<i>Kapitel 4:</i> Technologie als Element im Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern, Rechteinhabern und Nutzern	97

Dritter Teil: Antworten des Rechts auf den Steuerungscharakter von Technologie

<i>Kapitel 5:</i> Rechtsschutz für Nutzer im Zusammenhang mit dem Einsatz automatisierter Systeme <i>de lege lata</i>	147
<i>Kapitel 6:</i> Sicherung von Freiheitssphären <i>de lege ferenda</i>	177

Zusammenfassung der Erkenntnisse	191
Literaturverzeichnis	201
Sachregister	215

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Inhaltsübersicht	VII
 Einleitung	 1
I. Forschungsfrage und Zielsetzung	1
II. Abgrenzungen und Stand der Forschung	3
III. Methode und Gang der Untersuchung	5

Erster Teil: Grundlagen

<i>Kapitel 1:</i> Automatisierung als Schnittstelle von Technologie und Recht	9
I. Verständnis automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung	9
II. Entwicklung des Diskurses um Formalisierung und Logik im Recht	12
1. 17. Jahrhundert – Leibniz (Doctrina Conditionum 1667)	13
2. 19. Jahrhundert – Richterautomat und Begriffsjurisprudenz	14
3. Ab Mitte des 20. Jahrhunderts	15
III. Formalisierung als Voraussetzung der Automatisierung	17
1. Funktionsweise der Formalisierung und formale Logik	18
2. Grenzen der Formalisierung	21
a) Sprache und Definition	21
b) Prämissenbildung und Subsumtion	22
c) Nachvollziehbarkeit und Rechtsstaatlichkeit	24
d) Konfligierende Normen	24
IV. Entwicklung der automatisierten Rechtsfindung und -durchsetzung .	25
1. Ansätze zur Automatisierung im Recht im 20. und 21. Jahrhundert	26
2. Inhärente Grenzen der Automatisierung im Recht	29
V. Zwischenergebnis	30

<i>Kapitel 2: Steuerungscharakter von Technologie</i>	33
I. Abgrenzung der Steuerungswirkung von Recht und Technologie . . .	33
1. Rechtsbefolgung, Rechtsgeltung und faktische Freiheit zum Rechtsverstoß	34
2. Zwingende Wirkung technischer Infrastruktur	35
3. Möglichkeit zur zwingenden Rechtsdurchsetzung im digitalen Raum	38
II. Verfassungsrechtliche Betrachtung eines Ausschlusses von Devianz durch den Einsatz von Technologie	40
1. Grundrechte nach dem GG	40
a) Unmöglichkeit des Normverstoßes als gerechtfertigter Grundrechtseingriff	41
b) Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses des Normverstoßes . . .	44
aa) Flächendeckende Verhaltenssteuerung als Grenze der Verhältnismäßigkeit	44
bb) Optimaler Ausgleich kollidierender grundrechtlich geschützter Positionen	47
2. Unionsgrundrechte	49
a) Eingriff in die Freiheitsrechte der EU GR-Charta	49
b) Vereinbarkeit des Eingriffs mit den Gewährleistungen der EU GR-Charta	50
3. Demokratieprinzip	53
4. Rechtsstaatsprinzip	55
III. Betrachtung des Ausschlusses von Devianz aus einer Wohlfahrtsperspektive	56
1. Gesamtwohlfahrt als Ausgangspunkt	57
2. Schadensverhinderung als Nutzen	58
3. Wohlfahrtsverluste aus dem Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung	60
4. Parameter einer wohlfahrtssteigernden Wirkung automatisierter Rechtsdurchsetzung	62
IV. Rechtstheoretische Betrachtung eines Ausschlusses von Devianz durch den Einsatz von Technologie	63
1. Akzeptanz der Rechtsnorm	64
2. Durchsetzungsebene als Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs	67
3. Rechtsverstoß als Antrieb für Rechtsfortbildung	69
V. Zwischenergebnis	70

*Zweiter Teil:***Beispiel Filtertechnologien im Urheberrecht**

<i>Kapitel 3: Filtertechnologien im Urheberrecht als Ausprägung automatisierter Rechtsdurchsetzung</i>	75
I. Begriffliche Klärung der im Kontext des Einsatzes von Filtertechnologien relevanten Parteien	75
1. Diensteanbieter und Plattformen	75
2. Rechteinhaber	78
3. Plattformnutzer	78
II. Technische Grundlagen von Filtertechnologien zur Urheberrechtsdurchsetzung	79
1. Architekturen von Filtertechnologien	80
2. Arten und Funktionsweise von Filtertechnologien	81
a) Wortfilter	81
b) Inhaltsfilter	81
3. Möglichkeiten der Umgehung	86
III. Grenzen von Filtertechnologien nach dem Stand der Technologie	88
1. Verlust kontextabhängiger Flexibilität	88
2. Einengung urheberrechtlicher Schranken durch Fehlentscheidungen automatisierter Systeme	90
a) Flexible Schrankenregelungen	90
b) Diskrepanz rechtlicher Bestimmungen und technischer Möglichkeiten	91
c) Exkurs: automatisierte Durchsetzung von fair use in den USA	93
IV. Zwischenergebnis	96
 <i>Kapitel 4: Technologie als Element im Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern, Rechteinhabern und Nutzern</i>	 97
I. Bestimmung der jeweiligen Rechtsverhältnisse	97
1. Diensteanbieter und Rechteinhaber	97
2. Diensteanbieter und Nutzer	99
a) Vertragsverhältnis	99
b) Schwierigkeit der dogmatischen Einordnung	101
c) Einordnung als Verbrauchervertrag	103
d) Ausgestaltung durch AGB	104
e) Anwendbarkeit deutschen Rechts	105
3. Nutzer und Rechteinhaber	105

II. Beeinflussung des Rechts durch Technologie im Verhältnis zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern	106
1. Technologieneutralität zur Sicherung des Vorrangs rechtlicher Wertungen	107
2. Technische Möglichkeiten als Faktor in der rechtlichen Wertung	108
III. Rechtsprechung zum Einsatz von Filtertechnologien	111
1. Störerhaftung von Diensteanbietern	111
2. Überblick über die relevante Rechtsprechung der deutschen Gerichte	113
a) BGH: Internet-Versteigerung I-III	113
b) BGH: Alone in the Dark, File-Hosting-Dienst und Filmverleih gegen Rapidshare	115
c) OLG Hamburg: GEMA gegen YouTube	116
3. Faktische Auferlegung von Filterpflichten durch die Rechtsprechung	119
4. Eingrenzung durch die Rechtsprechung des EuGH?	119
a) L'Oréal/eBay	119
b) Scarlet/SABAM und SABAM/Netlog	121
c) YouTube und Uploaded	122
5. Verhältnis der Rechtsprechung des EuGH zu der Rechtsprechung der deutschen Gerichte	124
IV. Auswirkungen des Art. 17 DSM-RL	126
1. Regelungsgehalt des Art. 17 DSM-RL	126
2. Hintergrund der Regelung	129
a) Urheberrechtsreform	129
b) Ökonomische Motivation hinter Art. 17 DSM-RL	130
c) Änderung im Haftungsregime	132
d) Diensteanbieter als cheapest cost avoider	134
3. Verabschiedungsprozess und Wahrnehmung im öffentlichen Diskurs	136
4. Parallelen zu der Debatte um DRMS	137
V. Das neue Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz	139
VI. Zwischenergebnis	143

Dritter Teil:
**Antworten des Rechts auf den Steuerungscharakter
 von Technologie**

<i>Kapitel 5: Rechtsschutz für Nutzer im Zusammenhang mit dem Einsatz automatisierter Systeme de lege lata</i>	147
I. Schutz bei Fehlleistungen der Technologie	148
1. Subjektives Recht auf Freiheiten aus Schrankenregelungen und präventiver Schutz von Nutzerrechten	148
2. Exkurs: vertraglicher put-back-Anspruch	150
3. Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren nach Art. 17 Abs. 9 DSM-RL	152
a) Überprüfung durch Menschen	152
b) Außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren	154
c) Umsetzung der Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren im UrhDaG	157
4. Rechtsprechung zu Fehlleistungen automatisierter Systeme	159
II. Funktionalitätsunabhängige rechtliche Grenzen des Einsatzes automatisierter Systeme	161
1. Regelung zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall nach Art. 22 DSGVO	161
a) Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO	162
aa) Verarbeitung personenbezogener Daten	162
bb) Entscheidung	162
cc) Automatisiert	163
dd) Rechtliche Wirkung oder in ähnlicher Weise beeinträchtigende Wirkung	164
ee) Ausnahmen	165
b) Sinn und Zweck des Art. 22 DSGVO	166
c) Anwendung des Art. 22 DSGVO auf automatisierte Rechtsdurchsetzung in Form des Einsatzes von Filtertechnologien	167
2. Verbot der Pflicht zur allgemeinen Überwachung nach Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-RL, § 7 Abs. 2 TMG	172
III. Zwischenergebnis	175

<i>Kapitel 6: Sicherung von Freiheitssphären de lege ferenda</i>	177
I. Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit	177
II. Informationsmodelle	179
III. Abstellen technischer Systeme (und Selbsthilferecht)	180
IV. Automatisierter Schutz von Nutzerrechten	182
V. Rechtsgedanke des Art. 22 DSGVO	183
1. Ausdehnung des Rechtsschutzes, nicht des Verbots	184
2. Klarstellung des Rechtsschutzes durch den Gesetzgeber	185
a) Schutzmaßnahmen nach Art. 22 Abs. 3 DSGVO	185
b) Klarstellung der Informationspflichten nach Artt. 13, 14 DSGVO	186
c) Fazit	187
3. Schaffung einer neuen Norm nach dem Vorbild des Art. 22 DSGVO	188
VI. Zwischenergebnis	189
 Zusammenfassung der Erkenntnisse	 191
I. Ausgangsfrage und wesentlicher Beitrag	191
II. Zu den Erkenntnissen der Untersuchung im Einzelnen	191
1. Kapitel 1	191
2. Kapitel 2	192
3. Kapitel 3	194
4. Kapitel 4	196
5. Kapitel 5	197
6. Kapitel 6	199
III. Abschließend	200
 Literaturverzeichnis	 201
Sachregister	215

Einleitung

I. Forschungsfrage und Zielsetzung

Inwieweit Recht auf einen umfassenden Vollzug abzielt, unterlag bislang kaum einer Prüfung. Die absolute Durchsetzung von Rechtsnormen galt als praktisch nicht umsetzbar und stand folglich nicht zur Debatte. Verletzungen von Rechten und Rechtsgütern sind Bestandteil der Lebens- und daher auch der Rechtsrealität. Die vollumfängliche Durchsetzung dessen, was Recht ist, durch den Gläubiger im Zivilrecht, im Strafrecht und im öffentlichen Recht durch staatliche Behörden, findet in einer Vielzahl von Fällen nicht statt. Dies liegt teilweise daran, dass der Verstoß gar nicht erst entdeckt wird, teilweise daran, dass die Durchsetzung unverhältnismäßig scheint.

Der Einsatz von Technologie eröffnet nun in vielen Lebensbereichen neue Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung. Beispiele automatisierter Rechtsdurchsetzung sind Kopiergeräte, die Geldscheine nicht kopieren, PKWs, die rote Ampeln nicht überfahren, E-Scooter, die in Fußgängerzonen die Geschwindigkeit drosseln oder Filter, die den Upload urheberrechtlich geschützter Werke auf Plattformen verhindern.¹ Die Automarke Volvo bewirbt die Unfähigkeit der neuesten Modelle, schneller als 180 Kilometer pro Stunde zu fahren, als eine Eigenschaft, die in Zukunft so selbstverständlich sein wird, wie es nun das Anlegen von Sitzgurten ist. Und doch liegt aus der Perspektive der Nutzer ein wesentlicher Unterschied darin, ob eine Verpflichtung durch Recht, gegebenenfalls unter einer Bußgeldandrohung, nicht schneller als 180 Kilometer pro Stunde zu fahren respektive Sitzgurte anzulegen, besteht, oder ob die Maximalgeschwindigkeit des PKW technisch begrenzt wird, so dass er nicht schneller fährt oder ohne angelegten Sitzgurt gar nicht erst losfährt. Eine Zwischenstufe stellt das sogenannte Nudging dar. In dem Beispiel könnte ein Nudging des Fahrers durch das Erönen eines lauten, unangenehmen Geräuschs, wenn eine Person nicht angeschnallt ist, erfolgen. Das unangeschnallte Fahren ist hier nicht komplett ver-

¹ Weitere Beispiele des möglichen Einsatzes automatisierter Rechtsdurchsetzung bei *Kuhlmann*, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 117 (122); *Paschke*, MMR 2019, 563 (566).

unmöglich, jedoch deutlich unangenehm gestaltet, so dass das geforderte Verhalten naheliegt.

In den geschilderten Situationen ist nicht ausschlaggebend, ob die entsprechende Norm von dem Rechtssubjekt für sinnvoll erachtet wird oder ob der Wille dahingehend vorhanden ist, die Norm zu befolgen. Ausschlaggebend ist, dass die Freiheit zur Entscheidung über die Normbefolgung eingeschränkt wird. Die Bedeutung des Themas ist mittlerweile durch sich stetig entwickelnde technische Möglichkeiten weitreichend,² so dass diese Bearbeitung den Anspruch verfolgt, ertragreich für das gesamte Zivilrecht zu sein.

Als Anschauungsbeispiel, anhand dessen die entsprechenden Auswirkungen rechtsdurchsetzender Technologie herausgearbeitet werden, dient der Einsatz von Filtertechnologien zur Durchsetzung von Urheberrecht. Im digitalen Raum ist die Möglichkeit der vollständigen Rechtsdurchsetzung zumindest theoretisch eröffnet. Der digitale Raum ist durch technische Infrastruktur geprägt und wirkt sich dadurch in deterministischer Weise auf Nutzer solcher Infrastrukturen aus. Filtertechnologien werden von Online-Dienstanbietern in dem Dreiecksverhältnis zwischen Dienstanbietern, Rechteinhabern und Nutzern eingesetzt. Sie eignen sich aufgrund ihres Verbreitungsgrades und ihrer Etablierung besonders als Anschauungsobjekt für die Betrachtung automatisierter Rechtsdurchsetzung.³ Zudem liegt diesbezüglich umfassende Rechtsprechung vor und nunmehr führt auch der europäische Gesetzgeber faktisch automatisierte Rechtsdurchsetzung durch Filtertechnologien über Art. 17 der DSM-RL⁴ ein. Die Regelung soll durch neue Technologien eröffneten Bedrängnissen der Rechte von Urhebern wiederum durch Technologie begegnen. Gleichzeitig ist und war die Kritik an dem Einsatz von Filtertechnologien und insbesondere an der Regelung des Art. 17 DSM-RL erheblich. Aufgrund des Umfangs insbesondere der diesbezüglichen Aufsatzliteratur soll die Untersuchung des Art. 17 DSM-RL in dieser Arbeit nicht über das für die Ausführung des beispielhaften Untersuchungsgegenstandes notwendige Maß ausgeweitet werden. Der gesetzlich vorgesehene Einsatz von Technologie zur Rechtsdurchsetzung wie in Art. 17 der DSM-RL sowie dessen Umsetzung in dem Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Dienstanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Dienstanbieter-Gesetz – UrhDaG) bieten aber Anlass und Beispiel zum Überdenken

² Paschke, MMR 2019, 563 (566) spricht von einem „Trend zu Automatisierung von Rechtsdurchsetzung“.

³ Mit den Worten von Tschorr, K&R 2021, 82 (84): „Wir sind damit [mit Art. 17 DSM-RL] im Zeitalter der automatisierten Rechtsdurchsetzung angelangt“.

⁴ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

rechtstheoretischer, rechtsdogmatischer und rechtspolitischer Grenzen der Nutzung von Technologie zur Rechtsdurchsetzung.

Zentral beleuchtet wird im Folgenden daher, inwieweit sich die Durchsetzung des Rechts durch Technologie über spezifisch urheberrechtliche Fragen hinaus auswirkt. Denn wie *Gillespie* in Bezug auf die automatisierte Filterung sogenannter Hassrede feststellt: „[e]ven if we could effectively automate content moderation, it is not clear that we should“⁵. Die gleiche Feststellung findet sich grundlegend bereits bei *Weizenbaum*: „Die Grenzen in der Anwendung von Computern lassen sich letztlich nur als Sätze angeben, in denen das Wort ‚sollen‘ vorkommt“⁶. „Sollten“ steht dabei in Abgrenzung zu „können“.

Die Arbeit hat das Ziel die Grenzen dieses „Sollens“ auszuloten. Dabei werden schwerpunktmäßig die Auswirkungen des Faktors der Automatisierung der Rechtsdurchsetzung in deterministischen Umgebungen auf das Rechtssubjekt untersucht und die Möglichkeiten des Rechts, Schutz vor Einschränkungen zu bieten, ermittelt. Die Forschungsfrage fokussiert sich also zum einen darauf herauszufinden, wo im Kern das Problem liegt, wenn Recht vollständig automatisiert durchgesetzt wird. Zum anderen besteht sie darin herauszufinden, ob es möglich ist, Freiheitsphären für Rechtssubjekte zu definieren und zu normieren.

Die Betrachtungen dazu, wo im Kern das Problem liegt, finden sich in der Untersuchung zum Steuerungscharakter von Technologie. Die Überlegungen verfolgen den Anspruch, sich auf jegliche Form der vollständig automatisierten Rechtsdurchsetzung übertragen zu lassen. Spiegelbildlich zielen auch die dargestellten Rechtsschutzmechanismen auf einen übergeordneten Rechtsschutz über das Anschauungsbeispiel hinaus. Aufgrund der Grenzen der praktischen Umsetzung automatisierter Systeme ist es besonders wichtig zu untersuchen, welche Rolle in diesem Zusammenhang das Recht einnimmt. Es wird ein Schutzkonzept entwickelt, das auch bei neuartigen Formen der automatisierten Rechtsdurchsetzung Wirkung entfaltet.

II. Abgrenzungen und Stand der Forschung

Der Untersuchungsgegenstand „Rechtsdurchsetzung durch Technologie“ hat viele Facetten, die von der hier bearbeiteten Fragestellung abzugrenzen sind. Die Arbeit fokussiert sich auf das Zivilrecht, folglich sind strafrechtliche Normen, die eine Filterung von Inhalten notwendig machen, von der Untersuchung ausgeschlossen. Daher spielt auch die bereits in anderen Arbeiten näher in den Blick

⁵ *Gillespie*, Big Data & Society 2020, 1 (3).

⁶ *Weizenbaum*, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft, 1978, 300.

genommene Automatisierung durch staatliche Stellen, insbesondere die Automatisierung in der Verwaltung⁷, hier keine Rolle. Weitestgehend ausgeschlossen von der Untersuchung ist auch der Einsatz von Filtertechnologien im Äußerungsrecht. Lediglich an einzelnen Stellen, an denen sich klare Parallelen oder erhellende Gegenüberstellungen anbieten, wird dieses angeschnitten. Auch die Anforderungen des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG) haben dementsprechend für die Betrachtung keine Bedeutung.

In der zivilrechtlichen Forschung ist das Thema der automatisierten Rechtsdurchsetzung bislang keiner umfassenden Bearbeitung unterzogen worden. Einzelne Aspekte, die auch Bestandteile dieser Arbeit sind, wurden allerdings bereits aufgearbeitet. Eine zentrale Monografie zum Thema Automatisierung stammt von *Kastl*. In ihrer Dissertation „Automatisierung im Internet“⁸ untersucht sie die urheber- und äußerungsrechtlichen Auswirkungen von Automatisierung im Kontext des Internets. Dabei befasst sie sich unter anderem mit der Rolle der Automatisierung im Zusammenhang des Einsatzes von Filtertechnologien zur Rechtsverletzungsverhinderung. Da es sich um eine breit angelegte Untersuchung des Gegenstandes der Automatisierung handelt, lässt die Arbeit Raum für die spezifische Untersuchung der Rechtsdurchsetzung durch Technologie. Die Dissertation „Technologie statt Vertrag?“⁹ von *Mackenrodt* geht auf das Verhältnis von technischen Beschränkungen der Verwendung einer Kaufsache zu rechtlichen Beschränkungen der Verwendung durch allgemeine Geschäftsbedingungen ein und stellt damit eine Parallele zwischen rechtlichen Regeln und technischen Regeln her. *Specht* befasst sich in ihrer Habilitationsschrift „Diktat der Technik“¹⁰ mit dem Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen, den Grenzen des Einsatzes und den Auswirkungen des Einsatzes auf die Vertragsfreiheit, woraus Parallelen für den Einsatz von Filtertechnologien gezogen werden können. Zwei Aufsätze, die zentral für die Diskussion der Determinierung regelkonformen Verhaltens sind, seien ebenfalls erwähnt: zum einen *Rademacher* „Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?“¹¹ und zum anderen *Becker* „Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. ‚Upload-Filter‘ und technische Rechtsdurchsetzung“¹². Beide befassen sich mit der schwerpunktmäßig in Kapitel zwei dieser

⁷ Siehe hierzu zum Beispiel: *Eifert*, Electronic Government, 2006; bereits in den 1960er Jahren grundlegend: *Luhmann*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung, 1966.

⁸ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016.

⁹ *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag?, 2015.

¹⁰ *Specht*, Diktat der Technik, 2019.

¹¹ *Rademacher*, JZ 2019, 702.

¹² *Becker*, ZUM 2019, 636.

Arbeit zentralen Frage der durch die Steuerungswirkung des Rechts eingeschränkten Freiheit zum Rechtsbruch und dem Paradoxon eines Rechts zum Rechtsverstoß. Durch den beschränkten Umfang der Form als Aufsatz können diese das Thema allerdings nur punktuell betrachten.

In der auf das US-amerikanische Recht bezogenen und internationalen Aufsatzliteratur finden sich etwas zahlreichere Auseinandersetzungen zu einzelnen Schwerpunkten der automatisierten Rechtsdurchsetzung in unterschiedlichen Kontexten. Eine Auseinandersetzung mit diesen findet in den entsprechenden Kapiteln statt. Erwähnt sei an dieser Stelle *Elkin-Koren*, die sich in mehreren Aufsätzen, teilweise in Zusammenarbeit mit *Perel*, insbesondere mit der Wahrung der Rechte derjenigen, die sich Systemen zur automatisierten Rechtsdurchsetzung gegenübersehen, befasst hat.¹³ Eine kritische Betrachtung dessen, dass auch durch fehlerfrei funktionierende Systeme zur Rechtsdurchsetzung Handlungsfreiräume der Rechtssubjekte eingeschränkt werden, findet dort aber kaum statt.

Die hiesige Arbeit ordnet das Thema in den rechtlichen Kontext ein, führt es anhand eines Beispiels aus und verfolgt dabei einen umfassenden lösungsorientierten Ansatz.

III. Methode und Gang der Untersuchung

Methodisch nähert die Arbeit sich dem Untersuchungsgegenstand zunächst aus einer rechtstheoretisch geprägten Perspektive. Der rechtstheoretischen Grundlage zur Seite gestellt ist eine an Verfassungsrecht und Wohlfahrtsökonomie orientierte Untersuchung. Diese stellen den Ausgangspunkt der weiteren Überlegungen dar. Die Grundlagen dienen als Bezugspunkt einer kritischen Hinterfragung von Rechtsprechung und Rechtsetzung. Die Rechtsprechung in dem Beispiel der Filtertechnologien ist stark durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) geformt und unionsrechtliche Normen prägen die aktuelle rechtliche Entwicklung. Daher spielt auch eine Auslegung des Unionsrechts eine Rolle. In der Auslegung des Schutzzumfangs bestehender Rechtsnormen wird auf die klassischen zivilrechtsdogmatischen Methoden der Auslegung nach Sinn und Zweck und Systematik zurückgegriffen. Den Abschluss bilden rechtspolitische Überlegungen.

¹³ *Elkin-Koren*, Big Data & Society 2020, 1; *Perel/Elkin-Koren*, Fla. L. Rev. 2017, 181. Speziell zu der automatisierten Durchsetzung von Urheberrecht: *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082; *Perel/Elkin-Koren*, 19 Stan. Tech. L. Rev. 2016, 473.

Die Untersuchung beginnt in dem ersten Kapitel im Grundlagenteil mit einer Annäherung an Automatisierung im rechtlichen Kontext. Dabei wird zunächst eine Definition automatisierter Rechtsdurchsetzung erarbeitet sowie auf die mathematischen und informatischen Grundlagen und die historische Entwicklung automatisierter Rechtsdurchsetzung eingegangen. Nachdem diese Voraussetzungen etabliert wurden, folgt mit dem zweiten Kapitel im Grundlagenteil der erste Schwerpunkt der Arbeit. Dort wird herausgearbeitet, inwieweit der Steuerungscharakter von Technologie dazu führt, dass automatisierte Rechtsdurchsetzung grundsätzlich auf verfassungsrechtliche, wohlfahrtsökonomische und rechtstheoretische Bedenken stößt.

Diese Überlegungen stellen den Ausgangspunkt für eine Untersuchung des Beispiels von Filtertechnologien im Urheberrecht im zweiten Teil der Arbeit dar. Der Einstieg in die Untersuchung des Beispiels erfolgt in Kapitel drei über die Darlegung der Konstellation, in der diese eingesetzt werden. Die relevanten Akteure werden dabei vorgestellt: Diensteanbieter beziehungsweise Plattformbetreiber und deren Plattformen, Rechteinhaber und Nutzer. Im Anschluss wird auf die technischen Grundlagen und die Grenzen von Filtertechnologien eingegangen. Anhand des Beispiels wird in Kapitel vier weiter ausgeführt, welche Rolle Filtertechnologien in dem Dreiecksverhältnis zwischen Rechteinhabern, Diensteanbietern und Nutzern spielen und wie Rechtsprechung und Gesetzgebung den Einsatz von Filtertechnologien bewerten.

Der dritte Teil der Arbeit stellt den zweiten Schwerpunkt der Untersuchung dar. Die Kapitel fünf und sechs befassen sich mit dem rechtlichen Schutz von Nutzern vor aus dem Einsatz von Filtertechnologien für sie erwachsenden negativen Folgen. In Kapitel fünf wird die geltende Rechtslage untersucht. Dabei ist der Fokus innerhalb des Kapitels zweigeteilt. Zunächst werden in Bezug auf das Beispiel der Filtertechnologien Schutzmechanismen dargestellt, die bei Fehlleistungen der Technologie greifen. In einem zweiten Teil des Kapitels wird dann untersucht, welche Rechtsnormen unabhängig von Fehlleistungen der Technologie auf einen allgemeinen Schutz von Nutzern im Zusammenhang mit dem Einsatz von automatisierten Systemen zur Rechtsdurchsetzung greifen. In Kapitel sechs wird erörtert, ob und wie das Recht Freiheiten von Nutzern vor einer Determinierung von Handlungsmöglichkeiten durch Technologie in Zukunft sichern kann. Abschließend werden die wesentlichen Erkenntnisse der Untersuchung zusammengefasst.

Erster Teil:

Grundlagen

Kapitel 1:

Automatisierung als Schnittstelle von Technologie und Recht

Automatisierte Systeme zur Rechtsdurchsetzung bewegen sich an der Schnittstelle von Technologie und Recht. Die Erläuterung der mathematischen und informatischen Voraussetzungen und Grenzen der Automatisierung ist notwendig, um deren Auswirkungen auf rechtliche Fragestellungen zu durchdringen. Zunächst wird das Verständnis automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung eingegrenzt (I.) und anschließend die Entwicklung des Diskurses um Formalisierung und Logik im Recht, welcher zunächst unabhängig von der Frage der Automatisierung stattfand, dargelegt (II.). Darauf folgend werden die Grundlagen der Formalisierung als Voraussetzung der Automatisierung dargestellt (III.), um abschließend auf die Automatisierung als den auf die Formalisierung folgenden Schritt einzugehen (IV.).

I. Verständnis automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung

Bei automatisierten Systemen zur Rechtsdurchsetzung geht es um Systeme zur technischen Durchsetzung von Rechtsnormen im digitalen Umfeld. Digitale Infrastrukturen, wie Inhalte- und Social-Media-Plattformen werden in der Regel von privaten Unternehmen betrieben. Dies führt dazu, dass eben diese privaten Plattformbetreiber die Einhaltung von Rechtsnormen bei der Nutzung der Plattform durchsetzen. Indem die Funktionen der Plattform und damit der Aktionsraum der Nutzer durch den Plattformbetreiber definiert wird, kann dieser auch die Einhaltung von Rechtsnormen durch die von ihm geschaffene Infrastruktur automatisiert durchsetzen. Im Grunde werden automatisierte Rechtsfindung und Verhaltenssteuerung durch Architektur oder Infrastruktur¹ zusammengeführt.

Unter Rechtsdurchsetzung wird die Sicherung des Geltungsanspruchs einer Rechtsnorm durch die Gerichtsbarkeit und durch Behörden, aber auch durch Private, verstanden.² Diese Sicherung des Geltungsanspruchs der Rechtsnorm wird

¹ Siehe hierzu unter Kapitel 2, I. 2.

² Hierzu auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 58.

im digitalen Raum zu großen Teilen auf private Akteure, in der Regel Plattformbetreiber, ausgelagert. Die Plattformbetreiber setzen Systeme zur automatisierten Rechtsdurchsetzung teilweise aus eigenem Interesse ein, um die verfügbaren Inhalte zu steuern und so bestimmte Zielgruppen anzusprechen, zu großen Teilen aber auch aufgrund der durch die Rechtsprechung und nunmehr auch durch die DSM-RL beziehungsweise das UrhDaG auferlegten Verpflichtung hierzu. Das heißt im hiesigen Zusammenhang erfolgt die Rechtsdurchsetzung nur mittelbar von staatlicher Seite und wird durch private Plattformbetreiber vorgenommen.³

Auch der Begriff der Automatisierung ist im Zusammenhang der automatisierten Rechtsdurchsetzung näher zu beleuchten. Automatisierung wird durch *Kastl* definiert als „die Verselbständigung bestimmter technischer Prozesse“.⁴ In Rechtsvorschriften finden sich der Begriff „Automatisierung“ oder Umschreibungen der Automatisierung immer wieder. Eine Legaldefinition sucht man im deutschen Recht allerdings vergeblich,⁵ was aufgrund der begrifflichen Weite auch wenig erstaunt. Die Begriffe „automatisch“ oder „automatisiert“ werden in unterschiedlichen Gesetzen verwendet. So erfolgt deren Nennung zum Beispiel in der DSGVO⁶ in den Erwägungsgründen 15, 63, 71, in Art. 2 DSGVO in Bezug auf den Anwendungsbereich, in Art. 4 Nr. 2 DSGVO in der Definition von „Verarbeitung“, in Art. 13 und 15 DSGVO hinsichtlich des Auskunftsrechts und der Auskunftspflicht, in Art. 21 Abs. 5 DSGVO in Bezug auf das Widerspruchsrecht, das mithilfe „automatisierter Verfahren“ ausgeübt werden soll, in Art. 22 DSGVO betreffend auf automatisierter Verarbeitung beruhender Entscheidungen und in Art. 35 Abs. 3 lit. a DSGVO hinsichtlich der Datenschutz-Folgenabschätzung.⁷ Auffällig ist, dass in den Definitionen in Art. 4 DSGVO „automatisiert“ nicht weiter definiert wird. Besonders überrascht dies, da in Art. 4 der DSGVO ansonsten die im Gesetz verwendeten Begriffe umfassend definiert sind. Offenbar wird ein eindeutiges begriffliches Verständnis vorausgesetzt.⁸ In Art. 11 der Richtlinie zum Datenschutz in Strafsachen⁹ wird die Begrifflichkeit ebenfalls hinsichtlich

³ Freilich bleibt die Möglichkeit der Inanspruchnahme des Rechtsweges hiergegen.

⁴ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 43.

⁵ Vgl. auch *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 65.

⁶ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG.

⁷ Vergleichbare Normen waren teilweise bereits in der Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (alt) enthalten.

⁸ Hierzu siehe unter Kapitel 5, II. 1. zu Art. 22 DSGVO. In der Diskussion um den Anwendungsbereich der Norm wird deutlich, dass die Definition des Begriffs „automatisiert“ nicht eindeutig ist.

⁹ Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016

auf automatisierter Verarbeitung beruhenden Entscheidungen verwendet. § 35a VwVfG regelt, dass ein Verwaltungsakt „vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden [kann], sofern [...] weder ein Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht“. Der Begriff „automatische Einrichtungen“ findet sich auch in §§ 28 Abs. 2 Nr. 4, 37 Abs. 5 und 39 Abs. 2 Nr. 3 VwVfG. Definiert werden automatische Einrichtungen als „technische[] Einrichtungen, die nach vorher festgelegten Parametern autonom, das heißt ohne weiteres menschliches Einwirken, funktionieren“¹⁰. In § 80 Abs. 2 WpHG werden besondere Bestimmungen für algorithmischen Handel getroffen. Teilweise wird von „technischen Maßnahmen“ (vgl. § 95a UrhG, Art. 25 DSGVO) oder „technischen Schutzsystemen“ (vgl. Erwägungsgrund 40 E-Commerce-RL¹¹) gesprochen. In Erwägungsgrund 42 der E-Commerce-RL heißt es: „Diese Tätigkeit ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, dass der Anbieter dieses Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.“ „Automatisch“ wird damit gleichgesetzt mit dem Fehlen von Kenntnis und Kontrolle.¹² Art. 17 Abs. 4 lit. b der DSM-RL sieht vor, falls keine Lizenzvereinbarungen zwischen den Rechteinhabern und Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten zustande kommen, soll „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards“ agiert werden, um sicherzustellen, dass bestimmte Inhalte nicht mehr verfügbar sind. Hier wird gar nicht von „automatisierten Verfahren“, „technischen Maßnahmen“ oder Ähnlichem gesprochen. Praktisch wird die Regelung wohl nur durchgesetzt werden können, indem automatisierte Verfahren eingesetzt werden.¹³ In dieser Arbeit untersucht wird die Automatisierung im Sinne der Verselbstständigung von Abläufen nach klar vorgegebenen Regeln, auf die mindestens eine Partei, in jedem Fall aber der hiervon betroffene Nutzer, keinen Zugriff und keine Kontrolle hat. Als vollständig automatisiert kann ein Vorgang definiert werden, auf den von Seiten des Verwenders kein Einfluss durch einen Menschen genommen wird.

Bei automatisierter Rechtsdurchsetzung wird ein automatisiertes System eingesetzt, um Rechtsverletzungen zu verhindern.¹⁴ Daraus ergibt sich die Defini-

zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates.

¹⁰ *Prell*, in: Bader/Ronellenfitsch, BeckOK VwVfG, § 35a, Rn. 5.

¹¹ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

¹² *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 78.

¹³ Hierzu unter Kapitel 4, IV.

¹⁴ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 363 ff.

tion automatisierter Rechtsdurchsetzung als der Einsatz von Computerprogrammen, die rechtlich unzulässiges Verhalten vollständig automatisiert faktisch verhindern.

Filtersoftware, die als beispielhafter Untersuchungsgegenstand dienen, sind technisch im Einzelnen unterschiedlich aufgebaut. Gemeinsam ist diesen, dass sie die Möglichkeiten der Nutzung eines Dienstes vorgeben, und ein Abweichen hiervon, wenn überhaupt, nur technisch versierten Nutzern unter Einsatz von Umgehungsstrategien möglich ist. Die Fragestellungen werden losgelöst von konkreten technischen Eigenschaften untersucht, so dass sie übertragbar auf unterschiedliche Modelle technischer Ausgestaltung sind. Auf die technischen Spezifika wird an den Punkten, an denen Unterschiede relevant werden, eingegangen. Differenziert wird insbesondere zwischen Automatismen, die vorab festgelegten Regeln folgen und trainierten Netzwerken, die in Abhängigkeit ihrer Trainingsdaten reagieren, so dass eine stetige Veränderung der Regeln, nach denen diese funktionieren, stattfindet.¹⁵

II. Entwicklung des Diskurses um Formalisierung und Logik im Recht

Formalisierung und Logik als Methode im Recht sind zunächst unabhängig von Fragen der Automatisierung. Der Diskurs um die formale Darstellung rechtlicher Regeln begann bereits lange bevor der Einsatz dieser als Vorbedingung der Automatisierung rechtlicher Vorgänge im Raum stand und war zunächst theoretisch geprägt. Diese Ansätze darzulegen ist dienlich, um die automatisierte Rechtsdurchsetzung in einen breiten historischen Kontext einzuordnen und diese als Fortführung einer Entwicklung zu sehen, die bis in das 17. Jahrhundert zurückgeführt werden kann. Die Mathematik, in der bis zum Ende des 15. Jahrhunderts mit prosaischer Sprache gearbeitet wurde, ist heute selbstverständlich formalisiert. Hier konnten erst durch die Formalisierung bestimmte Fortschritte erzielt werden.¹⁶ Der entscheidende Unterschied aber, der formalisierbare Systeme von solchen, die nicht formal dargestellt werden können, trennt, ist, dass nur ein in sich geschlossenes System formalisierbar ist. Nach *Kilian* ist die rechtstheoretische Anforderung an die Anwendung mathematischer Logik auf das Recht, dass die „mathematische Logik [...] das soziale Substrat der Rechtsordnung irgendwie in den Kalkül einbeziehen und die Verbindung zur Praxis sichern“¹⁷ müsse.

¹⁵ Ein Überblick über die Funktionsweise von Filtertechnologien wird unter Kapitel 3, II. verschafft.

¹⁶ *Mazur*, *Enlightening Symbols*, 2014, 179 ff.

¹⁷ *Kilian*, DB 1971, 273 (277).

Dass eben dies, mit den Worten *Kilians* „irgendwie“ gelingen kann, ist bislang zweifelhaft. Die Frage erforschend, ob und inwieweit die Formalisierung von Rechtsnormen neue Denkweisen eröffnet, und so einen Fortschritt in der rechtswissenschaftlichen Denkweise ermöglicht, wurden im Laufe der Geschichte diesbezüglich unterschiedliche Ansätze entwickelt. Im Folgenden werden die Ansätze, das Recht auf eine logische Grundlage zu stellen und teilweise auch dieses formal darzustellen, chronologisch dargelegt.

1. 17. Jahrhundert – Leibniz (*Doctrina Conditionum* 1667)

Die grundsätzliche Idee, das Recht von den Schwächen der Ungenauigkeit der menschlichen Sprache zu befreien, geht auf *Leibniz* zurück. Dieser entwickelte in seinem Werk „Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum“ aus dem Jahr 1667 eine generelle Theorie der Konditionen.¹⁸ Der Titel ist nach *Armgardt* zu übersetzen als „Probe der Sicherheit und Beweise im Recht“¹⁹ und enthält die These, dass Bestimmtheit und Beweisbarkeit im Recht existieren.²⁰ *Leibniz* strebte mit dem entwickelten System die Erzeugung von Rechtssicherheit an.²¹ Rechtliche Begriffe und deren Definitionen sollten nach *Leibniz* ersetzt werden durch Zeichen („signa“).²² Hierdurch sollten zum einen Schreibarbeit und Platz gespart werden, vor allem aber der logische Zusammenhang der Rechtssätze deutlicher hervortreten.²³ *Leibniz* verfolgte in seinem Werk eine Abkehr von richterlicher Willkür durch die Schaffung klarer juristischer Kalküle.²⁴ Aus der notwendigen Auslegung vieler Gesetze des römischen Rechts durch Juristen und der daraus folgenden Unsicherheit ergäben sich viele Ungerechtigkeiten, die materiell nicht im Recht angelegt seien.²⁵ Das Recht ist nach *Leibniz* nicht auslegungsbedürftig, da es bereits vollständig sei und gar

¹⁸ Specimen certitudinis seu demonstrationum in jure exhibitum in doctrina conditionum 1667, Übersetzung der Schrift in *Armgardt*, Das rechtslogische System der „Doctrina conditionum“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, 2001, 11 ff.

¹⁹ *Armgardt*, Das rechtslogische System der „Doctrina conditionum“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, 2001, 358.

²⁰ *Armgardt*, in: Bergh/Kleyn/Niekerk/Pichonnaz/Thomas, Meditationes de iure et historia, 2014, S. 27 (34).

²¹ *Armgardt*, Das rechtslogische System der „Doctrina conditionum“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, 2001, 358.

²² *Schneider*, ARSP 1966, 553 (568).

²³ *Schneider*, ARSP 1966, 553 (568).

²⁴ *Herberger*, Dogmatik, 1981, 317.

²⁵ *Armgardt*, Das rechtslogische System der „Doctrina conditionum“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, 2001, 358 f.

keine Lücken lasse, die durch richterliche Auslegung gefüllt werden müssen.²⁶ *Leibniz* sieht im römischen Recht bereits eine sehr exakte Struktur angelegt, auf welche er in der *Doctrina Conditionum* aufbaut.²⁷ Nach *Leibniz*' System werden auch Interessenlagen mit Mitteln der Logik erfasst.²⁸ Die Anwendung von Sätzen der Logik auf Rechtsfälle schließt nach dem System von *Leibniz* dementsprechend nicht aus, Interessen im Einzelfall zur berücksichtigen.²⁹ *Armgardt* sieht durch die Anwendung formaler Methoden auch für Interessenlagen daher in seiner Gesamtwürdigung der „*Doctrina Conditionum*“ die Eröffnung der Möglichkeit für eine Auflösung des Konflikts zwischen Begriffs- und Interessenjurisprudenz.³⁰

2. 19. Jahrhundert – Richterautomat und Begriffsjurisprudenz

Die Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts war geprägt von Formalismus.³¹ Anfang des 19. Jahrhunderts entwickelte sich in Deutschland das sogenannte Pandektenrecht. Dieses wurde auch als Begriffsjurisprudenz bezeichnet, da es sich durch Systematik, juristische Präzision und eine starke Orientierung an Begrifflichkeiten auszeichnete.³² Dieses eher starre System entwickelte sich als Abkehr von der von Willkür geprägten Rechtsanwendung des 17. und 18. Jahrhunderts.³³ Später wurde dieser Zeit in der Kritik das Idealbild eines „Richterautomaten“ oder auch „Subsumtionsautomaten“ unterstellt.³⁴ Dieses formale Idealbild des 19. Jahrhunderts darf allerdings nicht missverstanden werden als ein Ruf nach strenger formaler Logik in der Rechtsanwendung im Sinne der zeitgenössischen Logikwissenschaft.³⁵ Vielmehr wurde zu Beginn des 19. Jahrhunderts unter logisch-mechanischer Richtertätigkeit ein weiteres Verständnis

²⁶ *Otte*, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1983, 1 (20).

²⁷ *Armgardt*, Das rechtslogische System der „*Doctrina conditionum*“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, 2001, 359 f.; *Armgardt*, in: Bergh/Kleyn/Niekerk/Pichonnaz/Thomas, *Meditationes de iure et historia*, 2014, S. 27 (34).

²⁸ *Armgardt*, Das rechtslogische System der „*Doctrina conditionum*“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, 2001, 356, 372, 374.

²⁹ *Armgardt*, Das rechtslogische System der „*Doctrina conditionum*“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, 2001, 372.

³⁰ *Armgardt*, Das rechtslogische System der „*Doctrina conditionum*“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, 2001, 372, 374.

³¹ *Meder*, JZ 2019, 689 (689).

³² *Wesel*, Geschichte des Rechts in Europa, 2010, 481, 510.

³³ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 57 f.; *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, 39 f., 368.

³⁴ *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, 41 f.; *Meder*, JZ 2019, 689 (695).

³⁵ *Fiedler*, in: Klug, Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht, 1978, S. 133.

von Logik gefasst, eben schlicht die Abkehr von Willkür.³⁶ Später verengte sich das Verständnis von Logik hin zu dem einer Entscheidungsfindung frei von Denkfehlern.³⁷ Fiedler spricht von einer „scheinbare[n] Logik der System- und Begriffsjurisprudenz“³⁸. Er sieht die Begriffsjurisprudenz als Diskreditierung der Anwendung von Logik im Recht.³⁹ Dennoch sind „frühere methodische Einsichten der Rechtswissenschaften“⁴⁰ durchaus aufschlussreich. Die Erkenntnisse, die hieraus gezogen werden können, sind die zur Divergenz zwischen Starre und sozialer Realität. Hauptkritik an der Begriffsjurisprudenz ist, dass diese durch ihre Starre die soziale Wirklichkeit vernachlässige.⁴¹ Diese Kritik kann übertragen werden auf die Überlegungen zu Formalisierung im Recht, insbesondere der im strengen Sinn formalen Logik.

3. Ab Mitte des 20. Jahrhunderts

Ab Mitte des 20. Jahrhunderts entstanden immer wieder Ansätze zur Formalisierung der juristischen Sprache. Hervorgehoben seien an dieser Stelle nur einige Arbeiten, die Mitte des 20. Jahrhunderts entstanden sind und exemplarisch für unterschiedliche Überlegungen und Bestrebungen stehen sollen.⁴² Im Jahr 1943 verfasste *Engisch* die Schrift „Logische Studien zur Gesetzesanwendung“. *Engisch* erarbeitete eine logische Struktur der Anwendung der Rechtsnormen auf den jeweiligen Sachverhalt. Sein erklärtes Ziel war hierbei die „Gewinnung eines begründeten juristischen konkreten Sollensurteils“⁴³. Im Jahr 1949 argumentierte *Loevinger*, Gesetze sollten formalisiert und auf eine rationale Grundlage gestellt werden. Er nennt dieses System „Jurimetrics“ und meint damit die Un-

³⁶ Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, 368.

³⁷ Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, 1986, 368 f.

³⁸ Fiedler, in: Klug, Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht, 1978, S. 135.

³⁹ Fiedler, Comput Hum 1991, 141 (142).

⁴⁰ Fiedler, in: Klug, Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht, 1978, S. 135.

⁴¹ Meder, JZ 2019, 689 (690).

⁴² Eine umfassende Übersicht zu der Entwicklung in Deutschland findet sich bei Fiedler, Comput Hum 1991, 141.

⁴³ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1943, 5. „Sollensurteil“ versteht *Engisch* hier als im Sinne von Aristoteles logisches Urteil, „es erhebt den Anspruch auf Wahrheit oder ‚Richtigkeit‘“, S. 4. Das richterliche Urteil erhalte aber neben dem Anspruch auf Wahrheit auch einen Befehl, dies unterscheide das richterliche vom logischen Urteil. Die Arbeit von *Engisch* muss vor dem Hintergrund des Nationalsozialismus kritisch gesehen werden. Über die Anwendung von Logik im Recht wandte er sich gegen Willkür in der Rechtsanwendung, er selbst verteidigte allerdings auch Gesetze der Nationalsozialisten, so in *Engisch*, AcP 1936, 116 (120).

tersuchung rechtlicher Fragen mit den Methoden der (Natur-)Wissenschaft: „The next step forward in the long path of man’s progress must be from jurisprudence (which is merely speculation about law) to *jurimetrics* – which is the scientific investigation of legal problems.“⁴⁴ *Loevinger* sieht Jurimetrics als ein Mittel zur Stärkung der Demokratie in ihrer Entwicklung, indem spekulatives Recht durch Rationalität ersetzt werde.⁴⁵ *Allen* entwickelte im Jahr 1957 ein System, um die Sprache von Gesetzen und Verträgen zu formalisieren.⁴⁶ Rechtliche Aussagen sollten in ihre Bestandteile aufgespalten („systematically-pulverized“) und über logische Verknüpfungen zueinander in Relation gesetzt werden.⁴⁷ *Allen* sieht die Unklarheit der prosaischen Sprache als den Ursprung des Großteils der Rechtsstreitigkeiten.⁴⁸ Mithilfe dieses Systems sollten nicht intendierte Ambiguitäten in der Sprache des Rechts eliminiert werden.⁴⁹ Früh regten sich allerdings auch Stimmen, die sich grundsätzlich gegen eine Formalisierung im Recht aussprachen. So formulierte *Schabinger Freiherr von Schowingen* in einem kurzen Aufsatz aus dem Jahr 1960 prägnant, wenngleich nicht juristisch argumentativ, es sei „ganz und gar nicht wünschenswert“ formale Logik in der Rechtsfindung anzuwenden, auf die Irrationalität menschlichen Handelns könne kein Logikkalkül angewendet werden.⁵⁰ Deutlich später erörtert *Joerden* in seinem umfangreichen Werk zur Logik im Recht aus dem Jahr 2018 die Bereiche, in denen die Anwendung von Logik zur Lösung rechtlicher Probleme beitragen kann.⁵¹ Er sieht die Anwendung der Logik im Recht in Teilbereichen als hilfreich an, insbesondere zur Erkennung von Strukturzusammenhängen,⁵² weist aber einleitend auch darauf hin, dass „Logik sicher nicht alles ist, was es im Recht zu sagen gibt“⁵³.

Die Verwendung logischer Kalküle in der Rechtswissenschaft ist zu trennen von der Frage einer „natürlichen Logik“ innerhalb der juristischen Argumentation.⁵⁴ Wird Logik in der Weise verstanden, dass diese eine Methodik der Argu-

⁴⁴ *Loevinger*, *Jurimetrics Journal* 1971, 3 (31). Nachdruck aus dem *Minnesota Law Review*, April 1949.

⁴⁵ *Loevinger*, *Jurimetrics Journal* 1971, 3 (41). Nachdruck aus dem *Minnesota Law Review*, April 1949.

⁴⁶ *Allen*, *The Yale Law Journal* 1957, 833.

⁴⁷ *Allen*, *The Yale Law Journal* 1957, 833 (836).

⁴⁸ *Allen*, *The Yale Law Journal* 1957, 833 (833, 858).

⁴⁹ *Allen*, *The Yale Law Journal* 1957, 833.

⁵⁰ *Schabinger Freiherr von Schowingen*, *JZ* 1960, 118.

⁵¹ *Joerden*, *Logik im Recht*, 2018.

⁵² So auch *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 2019, Rn. 193, die auf den Nutzen der Logik in der Rechtswissenschaft als Möglichkeit zur Schaffung einer Struktur für Gesetzestexte und der Analyse von Argumentationsstrukturen verweisen.

⁵³ *Joerden*, *Logik im Recht*, 2018, V.

⁵⁴ *Neumann*, in: *Hassemmer/Neumann/Salinger*, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart*, 2016, S. 272 (282 f.).

mentation darstellt, so kann sie nach *Neumann* durchaus von Nutzen für die Rechtswissenschaft sein.⁵⁵ So wird zum Beispiel die Nichtbeachtung von „Denkgesetzen“ als nach § 546 ZPO reparable Rechtsverletzung behandelt.⁵⁶ Genauso müssen diese im Rahmen der freien Beweiswürdigung gemäß § 261 StPO beachtet werden.⁵⁷ Nach dem Bundesgerichtshof (BGH) sind die „Gesetze des Denkens [...] Normen des ungeschriebenen Rechts“⁵⁸. Bei den sogenannten „Denkgesetzen“ handelt es sich um eine implizite Logik auf natürlicher sprachlicher Ebene.⁵⁹

Ring sieht den Ruf der Rechtswissenschaft als eine logische Wissenschaft von Bedeutung für das Vertrauen in diese, da die Logik das Gegenteil von Willkür repräsentiere.⁶⁰ Dies kann so weit unterstrichen werden, als dass die „natürliche Logik“ als Grundlage der juristischen Argumentation, wie jeder Argumentation, gesehen werden muss.⁶¹ In der Rechtstheorie muss sich nach *Ratschow* „[j]ede Logikanwendung [...] danach beurteilen lassen, ob sie die Verständigung über ein rechtstheoretisch relevantes Problem fördert.“⁶² Auch in der Rechtspraxis kann die Logik nur so weit angewendet werden, wie dies möglich ist, ohne dass Inhalt oder Qualität der juristischen Methode hierunter leiden.⁶³

III. Formalisierung als Voraussetzung der Automatisierung

Voraussetzung der Automatisierung – sei es von der Durchsetzung von Rechtsnormen, Vertragsklauseln oder auch mathematischer Sätze – ist, dass diese dem Computer „verständlich“ gemacht werden. Das bedeutet, dass dem Computerprogramm, welches die entsprechende Regel durchsetzen soll, klare, formal eindeutige Handlungsanweisungen gegeben werden müssen. Dies erfordert die Formalisierung der entsprechenden Regel.⁶⁴ Die Formalisierung ist die Transforma-

⁵⁵ *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Salinger, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 272 (289); *Neumann*, Juristische Argumentationslehre, 1986, 30 ff.

⁵⁶ BGH, Urt. v. 25.02.1992 – X ZR 88/90, NJW 1992, 1967 (1968 f); *Krüger*, in: MüKo-ZPO, § 546, Rn. 5.

⁵⁷ BGH, v. 18.03.1954 – 3 StR 87/53, NJW 1954, 1336 (1337).

⁵⁸ BGH, v. 18.03.1954 – 3 StR 87/53, NJW 1954, 1336 (1337).

⁵⁹ *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Salinger, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 272 (282 f.); *Klug*, Juristische Logik, 1982, 155 f.

⁶⁰ *Ring*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, 2.

⁶¹ Nach *Klug*, Juristische Logik, 1982, 2 f. stellt die Logik die Grundlage jeglicher wissenschaftlichen Argumentation und damit auch der rechtswissenschaftlichen dar.

⁶² *Ratschow*, Rechtswissenschaft und formale Logik, 1998, 60.

⁶³ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, 69.

⁶⁴ *Ratschow*, Rechtswissenschaft und formale Logik, 1998, 31; *Raabe et al.*, Recht ex machina, 2012, 70.

tion natürlicher Sprache in maschinenlesbare Sprache.⁶⁵ Die Äquivalenz von „formalisierbar“ und „mechanisierbar“ beziehungsweise „automatisierbar“ ergibt sich daraus, dass sowohl bei formalisierbaren, als auch bei mechanisierbaren Problemen ein Algorithmus zur Problemlösung existiert.⁶⁶ Ein Algorithmus ist ein eindeutiges Verfahren zur Lösung eines Problems, das aus einer endlichen Anzahl von in einer eindeutig festgelegten Abfolge von Schritten besteht.⁶⁷ Ein formalisiertes Verfahren kann als Algorithmus dargestellt werden und ein Algorithmus kann in der Regel automatisiert ausgeführt werden.⁶⁸ Für eine „Tätigkeit x , für die gilt ‚ x ist formalisierbar‘, gilt auch ‚ x ist mechanisierbar““⁶⁹. Dementsprechend kann von einer Maschine beziehungsweise von einem Computer ausgeführt werden, was formal beschreibbar ist.⁷⁰ Die Geschichte der Formalisierung kann gleichsam als die Vorgeschichte des Einsatzes von Computern gesehen werden.⁷¹ Im Folgenden werden daher zunächst die Funktionsweise (1.) und anschließend die Grenzen der Formalisierung darlegt (2.).

1. Funktionsweise der Formalisierung und formale Logik

Formalisierung kann explizit und implizit vonstattengehen. Explizite Formalisierung als Voraussetzung der Programmierung erfolgt über eine Übertragung von Ausdrücken einer Textsprache in eine Formelsprache.⁷² Bei lernenden Systemen erfolgt eine implizite Formalisierung.⁷³ Hierbei wird eine Zielfunktion festgelegt und das System dann durch die Einspeisung von möglichst großen Datensätzen trainiert. Auf diesen Datensätzen basierend entwickeln sich eigenständig formale Regeln nach denen Entscheidungsstrukturen ablaufen, die sich fortlaufend selbst aktualisieren.

⁶⁵ Raabe et al., *Recht ex machina*, 2012, 70; Baier, in: Ringwald, *Perspektiven formaler Methoden im Recht*, 1986, S. 145 (146 f.).

⁶⁶ Krämer, *Symbolische Maschinen*, 1988, 139.

⁶⁷ Krämer, *Symbolische Maschinen*, 1988, 159 f.

⁶⁸ Krämer, *Symbolische Maschinen*, 1988, 161. Dies heißt jedoch nicht, dass die Ausführung in endlicher Zeit beendet wird.

⁶⁹ Krämer, *Symbolische Maschinen*, 1988, 138.

⁷⁰ Krämer, *Symbolische Maschinen*, 1988, 3, 138. Wobei die Mechanisierbarkeit an Grenzen stößt, theoretisch ist mehr formalisierbar als mechanisierbar. Diese Grenzfälle spielen für die vorliegende Bearbeitung aber keine Rolle.

⁷¹ Krämer, *Symbolische Maschinen*, 1988, 3.

⁷² Ratschow, *Rechtswissenschaft und formale Logik*, 1998, 53.

⁷³ Hierzu schon 1986 Baier, in: Ringwald, *Perspektiven formaler Methoden im Recht*, 1986, S. 145 (150).

Formale Sprachen bestehen „aus bestimmten zugelassenen Zeichen und Regeln über deren konkrete Verwendung“⁷⁴. Bei der Übertragung von Textsprache in Formelsprache kann auf die Regeln der formalen Logik zurückgegriffen werden.⁷⁵ Klug versteht formale Logik als „Technik wissenschaftlichen Beweisens“, die man „auf alle möglichen Inhalte anwenden kann“.⁷⁶ Ein Satz, eine Aussage oder eine Rechtsnorm erhält eine logische Form, indem eine „Abstraktion vom Inhalt des Satzes“⁷⁷ stattfindet.⁷⁸ Krämer verwendet das Beispiel der Addition, wobei die logische Form $5 + 3 = 8$ wahr ist, unabhängig davon, ob hier fünf Stifte und drei Murmeln addiert werden oder fünf Bücher und drei Tassen; es handelt sich um eine Abstraktion vom Inhalt, also dem Gegenstand der Addition.⁷⁹ Formale Logik kann den Aspekt der Regelhaftigkeit von Rechtsnormen widerspiegeln,⁸⁰ stößt aber auch auf Grenzen. Während Rechtssätze mehrdeutig sein können, zeichnet sich eine formale Sprache dadurch aus, dass sie nur eine Interpretation zulässt und jedes Element eindeutig definiert ist.⁸¹

In der formalen Logik kann unter anderem zwischen Aussagenlogik, Prädikatenlogik und deontischer Logik unterschieden werden. In der Aussagenlogik geht es um die Verbindung von Aussagesätzen über Satzverbindungen, sogenannte Junktoren; diese sind zum Beispiel „und“ (Konjunktion), „oder“ (Adjunktion), „nicht“ (Negation), „wenn, dann“ (Konditional), „genau dann, wenn“ (Bikonditional).⁸² Die Junktoren werden durch Symbole eindeutig dargestellt.⁸³ Beispiele für Junktoren sind \wedge für eine Konjunktion, \neg für eine Negation, \vee für eine Adjunktion oder \leftrightarrow für ein Bikonditional.⁸⁴ In der Prädikatenlogik gibt es zusätzlich zu den Satzverbindungen noch sogenannte Quantoren; diese sind die Begriffe „alle“ (Allquantor) und „es gibt ...“ (Existenzquantor), welche wiederum formal durch Symbole dargestellt werden.⁸⁵ So wird der Allquantor durch \forall

⁷⁴ Ratschow, Rechtswissenschaft und formale Logik, 1998, 39.

⁷⁵ Baier, in: Ringwald, Perspektiven formaler Methoden im Recht, 1986, S. 145 (147); Neumann, in: Hassemer/Neumann/Salinger, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 272 (273 f.).

⁷⁶ Klug, Juristische Logik, 1982, 2.

⁷⁷ Hoyningen-Huene, Formale Logik, 1998, 24.

⁷⁸ Hierzu auch Klug, Juristische Logik, 1982, 2; Raabe et al., Recht ex machina, 2012, 69 f.

⁷⁹ Krämer, Symbolische Maschinen, 1988, 2.

⁸⁰ Raabe et al., Recht ex machina, 2012, 71.

⁸¹ Krämer, Symbolische Maschinen, 1988, 1; Raabe et al., Recht ex machina, 2012, 70.

⁸² Hierzu ausführlich Hoyningen-Huene, Formale Logik, 1998, 41 ff.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 188; Neumann, in: Hassemer/Neumann/Salinger, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 272 (274).

⁸³ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 188.

⁸⁴ Hoyningen-Huene, Formale Logik, 1998, 41 ff. zum Zeichensystem der Aussagenlogik.

⁸⁵ Hierzu ausführlich Hoyningen-Huene, Formale Logik, 1998, 164 ff.; Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 189.

dargestellt, der Existenzquantor durch \exists . Die Prädikatenlogik eignet sich hierdurch eher als die reine Aussagenlogik, um juristische Schlüsse zu ziehen.⁸⁶ Noch eher bietet sich die deontische Logik für die Anwendung im rechtlichen Kontext an.⁸⁷ Deontische Logik oder Normenlogik⁸⁸ bezieht sich auf Sollenssätze.⁸⁹ Begriffe der deontischen Logik sind „geboten“, „verboden“, „erlaubt“, „freigestellt“.⁹⁰ Aus diesen Begriffen ergibt sich natürlich die Eignung für die Formalisierung von Rechtsnormen.⁹¹

Aus so verbundenen Prämissen werden in der formalen Logik Schlussfolgerungen gezogen.⁹² Bei einem Schluss der formalen Logik folgt eine Konklusion zwingend und unbestreitbar aus den Prämissen.⁹³ Die Ableitung eines speziellen Satzes aus zwei allgemeinen Prämissen bezeichnet man als Syllogismus.⁹⁴ Über einen Syllogismus erfolgt in der formalen Logik ein „Wahrheitstransfer“ von den Prämissen auf die Schlussfolgerung.⁹⁵ Wenn die Prämissen wahr sind, dann ist auch die Konklusion wahr.⁹⁶ Es handelt sich hierbei also um eine Deduktion. Die Formalisierung eines solchen Syllogismus erfolgt über die Abstraktion vom Inhalt in eine Formsprache. Der Wahrheitstransfer funktioniert unabhängig vom Inhalt der Sätze nur über das System der Sätze.⁹⁷

So kann die formale Logik durchaus als hilfreich gesehen werden, zum einen um Strukturen im Recht zu erkennen,⁹⁸ zum anderen auch zur Darstellung der Begründung juristischer Entscheidungen.⁹⁹ Vorliegend interessiert der Einsatz der Logik im Recht aber primär zum Zweck der Formalisierung von Rechtsnormen als Grundlage der Automatisierung. Auf die genannten anderweitigen Mög-

⁸⁶ Neumann, in: Hassemer/Neumann/Salinger, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 272 (276); Baier, in: Ringwald, Perspektiven formaler Methoden im Recht, 1986, S. 145 (148).

⁸⁷ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 190a.

⁸⁸ Potacs, Rechtstheorie, 2019, 130.

⁸⁹ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 190.

⁹⁰ Joerden, Logik im Recht, 2018, 180; Joerden, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 2021, S. 253 (253).

⁹¹ Wenngleich sich der Nutzen in der Rechtspraxis in Grenzen hält, hierzu: Joerden, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 2021, S. 253 (255).

⁹² Hoyningen-Huene, Formale Logik, 1998, 14 f.

⁹³ Hoyningen-Huene, Formale Logik, 1998, 15; Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 187.

⁹⁴ Joerden, Logik im Recht, 2018, 287; Potacs, Rechtstheorie, 2019, 128.

⁹⁵ Hoyningen-Huene, Formale Logik, 1998, 15.

⁹⁶ Neumann, in: Hassemer/Neumann/Salinger, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 272 (274); Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 187.

⁹⁷ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 187.

⁹⁸ Joerden, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 2021, S. 240 (241 f.).

⁹⁹ Neumann, in: Hilgendorf/Joerden, Handbuch Rechtsphilosophie, 2021, S. 244 (244 f.).

lichkeiten, aus deren Einsatz Nutzen zu ziehen, soll daher nicht weiter eingegangen werden.

2. Grenzen der Formalisierung

Der Formalisierung von Rechtsvorschriften mithilfe der Regeln der formalen Logik sind Grenzen gesetzt. Diese ergeben sich auf sprachlicher Ebene, bei der Prämissenbildung und Subsumtion, aus rechtstaatlicher Perspektive sowie hinsichtlich der Auflösung konfligierender Normen.

a) Sprache und Definition

Eine vollständige Formalisierung natürlicher Sprache ist kaum möglich.¹⁰⁰ Die Grenze der Formalisierbarkeit von Rechtsnormen liegt in der notwendigen Eindeutigkeit formaler Sprachen. Die juristische Sprache ist eben gerade keine formale Sprache.¹⁰¹ Das Recht ist in natürlicher Sprache verfasst. Dem ist die Mehrdeutigkeit und Definitionsbedürftigkeit von Rechtsbegriffen geschuldet.¹⁰² Die Bedeutung von Rechtsbegriffen unterliegt in unterschiedlichen Kontexten einer gewissen Variation, der Regelungsgehalt ist also stets kontextabhängig.¹⁰³ Diese Mehrdeutigkeit ist der juristischen Sprache keineswegs besonders zu Eigen. Im Gegenteil, das Rechtssystem ist durchaus um klare Definitionen und Einheitlichkeit in der Auslegung bemüht. Unterschiedliche Definitionen übereinstimmender Begriffe in unterschiedlichen Normen oder unterschiedlichen Gesetzen ergeben sich aus unterschiedlichen Normzwecken.¹⁰⁴ Die Definition von Rechtsbegriffen wirkt sich in den Rechtswissenschaften daher anders als in den Naturwissenschaften normativ aus.¹⁰⁵ Es handelt sich hierbei aber nicht um Willkür, sondern im Gegenteil um Interessengerechtigkeit. Die im Recht verwendete Sprache zeichnet sich gerade aus durch Präzision, soweit diese möglich ist, und Unbestimmtheit an bestimmten Stellen, wo diese notwendig ist.

Gerade in der scheinbaren Ungenauigkeit oder „Vagheit“¹⁰⁶ vieler Begriffe der juristischen Sprache liegt eine wesentliche Eigenschaft. Die Varianten von Lebenssachverhalten, die durch Rechtsnormen erfasst werden müssen, sind unend-

¹⁰⁰ Kotsoglou, JZ 2014, 451 (453).

¹⁰¹ Kotsoglou, JZ 2014, 451 (454); zur Formalisierung natürlicher Sprache auch Allen, ERCL 2018, 307 (322 ff.).

¹⁰² Kelsen, JZ 1965, 465 (468).

¹⁰³ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 161.

¹⁰⁴ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 169. Rüthers et al. führen dies anhand der Definition des Begriffs „zur Nachtzeit“ aus.

¹⁰⁵ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 168.

¹⁰⁶ Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 2019, Rn. 166.

lich.¹⁰⁷ Diese Vielgestaltigkeit möglicher Lebenssachverhalte kann in einem System der formalen Logik zwar theoretisch abgebildet werden, doch ist es praktisch nicht möglich, hierbei Prämissen zu bilden, die in jedem denkbaren Sachverhalt zu einer situationsadäquaten Schlussfolgerung führen. Das Recht löst das Problem der Unendlichkeit der zu regelnden Sachverhalte über die Sprache. Unbestimmte Rechtsbegriffe wie „angemessen“ oder „verhältnismäßig“ ermöglichen auch bei der Entstehung der Norm noch nicht bedachte oder relevante Fälle zu erfassen und zu lösen.¹⁰⁸ Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln sind gleichzeitig offen für veränderte gesellschaftliche und soziale Realitäten und Vorstellungen.¹⁰⁹ Der Regelungsgehalt eines Rechtssatzes kann sich im Laufe der Zeit ohne Änderung von dessen Wortlaut ändern.¹¹⁰ Wie *Hildebrandt* feststellt, ist die menschliche Sprache von „common sense“ geprägt, wodurch gemeinsames Verständnis erleichtert wird aber auch die Möglichkeit eröffnet wird, Verschiebungen in der Bedeutung zu entwickeln.¹¹¹ Das Recht sei eine „platform for argument and contestation“.¹¹² Starre Formalisierung dagegen schließt die Möglichkeit schöpferischer Gedanken oder des Erkenntnisgewinns im Recht aus.¹¹³ Nach *Kaufmann* wird das Recht „durch die Sprache hervorgebracht“¹¹⁴, dies wiederum durch Normsetzung und durch Rechtsentscheidung.¹¹⁵ Eine in sich abgeschlossene, notwendigerweise eindeutige formale Sprache kann kein lebendiges, sich auch anhand gesellschaftlicher Gegebenheiten entwickelndes, Recht hervorbringen.

b) Prämissenbildung und Subsumtion

Formalisierung ersetzt nur vordergründig komplexe Abwägungsentscheidungen durch Eindeutigkeit und Klarheit. In der Herstellung von Eindeutigkeit liegt auch ein Interpretationsvorgang. Bereits mit der Bildung von Prämissen werden entscheidende Weichen gestellt.¹¹⁶ Die formale Logik bietet zwar eine Methode, um

¹⁰⁷ *Ring*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, 142, 171.

¹⁰⁸ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 185.

¹⁰⁹ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 174.

¹¹⁰ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 163.

¹¹¹ *Hildebrandt*, Nanoethics 2017, 307 (308).

¹¹² *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, 181; hierzu auch *Poscher*, JZ 2013, 1.

¹¹³ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, 117; *Kilian*, DB 1971, 273 (276). Anders ist dies in der Mathematik, wo gewisse Erkenntnisse erst aus der Formalisierung gezogen werden konnten. Dazu: *Mazur*, Enlightening Symbols, 2014, 179 ff.

¹¹⁴ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, 111; so auch *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 150.

¹¹⁵ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, 124.

¹¹⁶ *Kilian*, DB 1971, 273 (276). *Kilian* sieht hierbei die Gefahr einer Stärkung der politischen Gewalt derer, die die Axiome bilden.

aus Prämissen eine innerhalb des Systems stimmige Schlussfolgerung zu ziehen, für das Treffen juristischer Entscheidungen ist dies allerdings nur scheinbar hilfreich, da der eigentliche Kern der juristischen Arbeit zumeist gar nicht in der Schlussfolgerung, in dem Syllogismus, im juristischen der Subsumtion,¹¹⁷ liegt, sondern in der Regel in der Prämissenbildung.¹¹⁸ Diese liegt im Recht in der Sachverhaltsermittlung, dem Finden der Rechtsnorm, die zu dem Lebenssachverhalt passt und der Auslegung der gesetzlichen Vorschriften.¹¹⁹

Auch die Schlussfolgerung aus gefundenen Prämissen, Sachverhalt und gesetzlichem Tatbestand führt grundsätzlich nicht zu einem zwingenden Ergebnis. Nach *Engisch* erfolgt die Rechtsfindung über ein stetes „Hin- und Herwandern des Blickes“ zwischen Rechtsnorm und Sachverhalt.¹²⁰ So zeigen im juristischen Kontext verwendete Konjunktionen wie „also“, „daher“, „folglich“ oder „weil“ zwar Schlussfolgerungen und Konsequenzen auf, die als parallel zu den Schlussfolgerungen der formalen Logik gesehen werden könnten, sie sind jedoch nicht verobjektivierbar, im Sinne von „nicht allgemein diskutierbar“.¹²¹ Gerade die juristische Subsumtion wirkt teilweise präzise schlussfolgernd. Die Konjunktionen zeigen aber keine zwingend unbestreitbare Schlussfolgerung aus bestimmten Prämissen auf, sondern das Ergebnis eines Abwägungsprozesses, in den unterschiedliche auch psychologische und soziale Faktoren eingeflossen sind.¹²² Die Anwendung formaler Logik auf Rechtsnormen vernachlässigt den Sinnzusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtsfolge.¹²³ Zu dem speziell juristischen Verständnis der Zusammenhänge juristischer Sätze gehört nach *Kilian* der „Sozialisationsprozeß der Juristenausbildung“¹²⁴. Dem Recht kann durchaus eine Unzugänglichkeit für Laien vorgeworfen werden, die eben aus der langwierigen Juristenausbildung folgt und diese gleichzeitig notwendig macht, was sich in einem Einfließen impliziten Wissens in die Subsumtion niederschlägt. Eine Formalisierung müsste dieses implizite Wissen explizit machen. Für den Vorgang der Schlussfolgerung aus den gefundenen Prämissen mag dies ein denkba-

¹¹⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 681 ff.

¹¹⁸ *Pavčnik*, Rechtstheorie 2008, 557 (570); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 190a.

¹¹⁹ *Pavčnik*, Rechtstheorie 2008, 557 (563 f.); *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 190a.

¹²⁰ *Engisch*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, 1943, 15.

¹²¹ *Kilian*, DB 1971, 273 (274).

¹²² *Kilian*, DB 1971, 273 (274).

¹²³ *Neumann*, in: Hassemer/Neumann/Salinger, Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 2016, S. 272 (278). Zu der Frage des Verlustes der Bedeutung und des Sinnzusammenhangs des durch Symbole repräsentierten Gegenstandes auch in der mathematischen Formalisierung *Mazur*, Enlightening Symbols, 2014, 191.

¹²⁴ *Kilian*, DB 1971, 273 (274).

rer Weg sein, auch wenn implizites Wissen in dem Vorgang des Explizitmachens sicherlich eine Änderung durchläuft. Die oben geschilderte Problematik der Prämissenbildung erübrigt sich hierdurch allerdings nicht. Starre formalisierte Prozesse können die juristische Methode der Sachverhaltsermittlung, Tatbestandsfindung, Tatbestandauslegung und der Subsumtion als juristische Schlussfolgerung kaum ersetzen.

c) Nachvollziehbarkeit und Rechtsstaatlichkeit

Eine Formalisierung des Rechts sieht sich auch rechtsstaatlichen Einwänden gegenüber. Nach dem Rechtsstaatsprinzip muss es Bürgern möglich sein, sich über den Inhalt von Gesetzen und Gerichtsentscheidungen zu informieren, damit staatliches Handeln voraussehbar und berechenbar ist.¹²⁵ Die juristische Sprache beinhaltet ein kommunikatives Element. Gerade dies ist bei formalen Sprachen anders. *Kotsoglou* formuliert hier treffend: „Das Eliminieren der Indeterminiertheit verbessert die Kommunikation nicht; es verunmöglicht sie.“¹²⁶ *Kilian* warnt vor einer Überschätzung der Möglichkeiten der mathematischen Logik für das Recht.¹²⁷ Die formale Sprache müsse zurück in Umgangssprache übersetzt werden, um von Laien verstanden zu werden.¹²⁸ Gleichzeitig birgt die Möglichkeit der (Rück-)Übersetzung der formalen Sprache in natürliche Sprache gegebenenfalls sogar die Chance einer Steigerung der Verständlichkeit gegenüber klassischen Rechtstexten. Gänzlich verzichtet werden kann auf die natürliche Sprache im Sinne der Verständlichkeit des Inhalts von Rechtsnormen in jedem Fall nicht.¹²⁹

d) Konfligierende Normen

Im Recht existieren insbesondere im Bereich der Grundrechte Normen, die sich gegenseitig widersprechen. Widersprechende Grundsätze spiegeln sich in einfachgesetzlichen Regelungen. Die Rechtsordnung sieht über Regelungen der vorrangigen Geltung der spezielleren Norm, der vorrangigen Geltung höherran-

¹²⁵ *Huster/Rux*, in: Eppig/Hillgruber, BeckOK Grundgesetz, Art. 20, Rn. 182.

¹²⁶ *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 (454). So auch *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, 117. Nach *Kaufmann* eignet sich eine eindeutige Kunstsprache „paradoxerweise gerade wegen ihrer Eindeutigkeit nicht mehr zur Kommunikation“.

¹²⁷ *Kilian*, DB 1971, 273 (275).

¹²⁸ *Kilian*, DB 1971, 273 (276); *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, 71 sieht die Verwendung der Symbole in der formalen Logik als „uneinheitlich und oft verwirrend[]“ und daher als schlicht „[u]nerfreulich“.

¹²⁹ Auf die natürliche Sprache kann selbst in den Naturwissenschaften nicht verzichtet werden. So werden auch mathematische Konzepte in der Regel zunächst in natürlicher Sprache dargestellt, die formale Darstellung dient dem Beweis.

gigen Rechts und des Lex-posterior-Grundsatzes auch Lösungen von Situationen konfligierender Normen vor.¹³⁰ Diese Regeln für nicht intendierte Kollisionen im Recht können in einem formalisierten System abgebildet werden.

Gerade im Bereich der Grundrechte sind Konflikte dagegen häufig nur durch eine Einzelfallabwägung im Wege der praktischen Konkordanz möglich.¹³¹ Im Fall widerstreitender Grundrechte handelt es sich nicht um ungeplante Kollisionen, sondern um Situationen, in denen eine eindeutige Regelung unmöglich ist und gerade über die Abwägung eine Lösung im Einzelfall gefunden wird. Zu denken ist hierbei beispielsweise an Kollisionen der Kunstfreiheit oder der Meinungsfreiheit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder dem Eigentumsgrundrecht. In einem System der formalen Logik könnte eine komplexe Abwägung zwischen kollidierenden Rechten nicht stattfinden. Es widerspricht einer abwägenden normativen Entscheidung, diese zu formalisieren. Die Überlegungen, die im Einzelfall entscheidend sind, können schwerlich vollumfänglich im Vorhinein stattfinden und als Regel festgelegt werden. Eine sehr komplexe und ausdifferenzierte Logik könnte viele Aspekte abbilden, doch würde in diesem Prozess die Prämissenbildung derart komplex, dass die Formalisierung wiederum an dieser Stelle an ihre Grenzen stoßen würde.

IV. Entwicklung der automatisierten Rechtsfindung und -durchsetzung

Anfang der 1980er Jahre war das Bestreben in vielen Bereichen groß, möglichst viele Aufgaben an Computer auszulagern.¹³² Dies scheint sinnvoll, sofern sich die Gesellschaft und damit auch das Rechtssystem die fortschreitende technologische Entwicklung als Hilfsmittel im Sinne eines Werkzeuges zu Nutzen macht, wozu einige Systeme entwickelt wurden (1.). In der Rechtswissenschaft wurde allerdings schnell erkannt, dass dieses Bestreben an seine Grenzen gerät (2.), insbesondere, da es sich bei dem Recht eben gerade nicht um ein formallogisches System handelt.¹³³

¹³⁰ Potacs, Rechtstheorie, 2019, 133 f.

¹³¹ Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG sind „kollidierende Grundrechtspositionen [...] in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und [...] nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden“ BVerfG, Beschluss v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46 (Rn. 68); so u. a. auch Beschluss v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, NJW 1993, 36 (38); Beschluss v. 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, NJW 2011, 3428 (Rn. 86); Beschluss v. 03.11.1987 – 1 BvR 1257/84 u. a., NJW 1988, 325 (326). Hierzu auch unter Kapitel 2, II. 1. b) (bb).

¹³² Ring, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, 1.

¹³³ Ring, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, 1.

1. Ansätze zur Automatisierung im Recht im 20. und 21. Jahrhundert

Mit den ersten Computern fing der Diskurs in den 60er bis 80er Jahren des vergangenen Jahrhunderts an sich zu wandeln, weg von der bloßen Formalisierung hin zu der Automatisierung. Bei beidem stellen sich im Kern dieselben Fragen für das Recht. Der Gedanke der Formalisierung des Rechts ist stark verknüpft mit der Frage nach der Logik im Recht und beides ist wiederum Voraussetzung für die Automatisierung. Der Einsatz von Computern im Recht wird als praktisch wichtigster Anwendungsfall der Logik im Recht gesehen.¹³⁴ Neben der Rechts- und Ideologiekritik und der Frage nach einer rechtstheoretischen Basis sieht *Kilian* als Grund für das Erforschen von mathematischer Logik im Recht die „Suche nach Möglichkeiten für den Einsatz von EDV [elektronische Datenverarbeitung]-Anlagen“, welchem er optimistisch entgegensieht.¹³⁵ Der Wissenschaftsbereich, der sich ab den 1950er Jahren hiermit befasste, wurde als Rechtsinformatik betitelt. *Bund* definiert Rechtsinformatik als „die Wissenschaft von der Anwendung informatischer Methoden auf Informations- und Entscheidungsstrukturen im Rechtssystem und in der Rechtswissenschaft.“¹³⁶ Ausgangspunkt der Bestreben der Rechtsinformatik war größtenteils die „Lösung spezifisch juristischer Probleme mittels der ADV [automatisierten Datenverarbeitung]“.¹³⁷ In der Verwaltung werden Computer bereits seit Mitte der 1950er Jahre eingesetzt.¹³⁸ Ziel war hier die Steigerung der Effizienz.¹³⁹ Nach *Klug* geht es bei dem Einsatz von Computern in der Rechtsanwendung darum, bestimmte mechanische Abläufe auf Maschinen zu übertragen, damit Juristen frei und rechtsschöpfend produktiv arbeiten können.¹⁴⁰ So handele es sich bei elektronischen Steuerbescheiden und Ähnlichem rechtssystematisch um häufig wiederholte Anwendungen von Gesetzen durch Maschinen, so dass Juristen durch den Einsatz von automatisierten Systemen von Routineentscheidungen befreit werden.¹⁴¹

In der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wurden diverse solcher Systeme erarbeitet und teilweise auch Prototypen hierzu entwickelt. Bei vielen der frühen Ansätze zur automatisierten Anwendung von Recht ging es zunächst zum größten Teil nicht um die automatisierte Durchsetzung von rechtlichen Regeln, sondern um den automatisierten Subsumtionsvorgang, ohne dass dieser zwingende Wirkung entfaltet. Die automatisierte Rechtsanwendung beziehungsweise Rechts-

¹³⁴ *Ratschow*, Rechtswissenschaft und formale Logik, 1998, 30.

¹³⁵ *Kilian*, DB 1971, 273 (275).

¹³⁶ *Bund*, Einführung in die Rechtsinformatik, 1991, 11.

¹³⁷ *Ringwald*, in: Ringwald, Perspektiven formaler Methoden im Recht, 1986, S. 9 (11).

¹³⁸ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 46.

¹³⁹ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 46.

¹⁴⁰ *Klug*, Juristische Logik, 1982, 174; so auch *Engel*, JZ 2014, 1096 (1100).

¹⁴¹ *Klug*, Juristische Logik, 1982, 175.

findung ist Grundlage der automatisierten Durchsetzung des Rechts. Daher lohnt ein Blick auf verschiedene frühe Ansätze und deren inhärente Grenzen. Es geht hierbei um Systeme, die Recht automatisiert anwenden sollen, also nicht lediglich um Datenbanken wie Juris oder Beck-Online.¹⁴² Drei der Wissenschaft entstammende und daher in ihrer Funktionalität transparent dargelegte und diskutierte frühe Systeme sind TAXMAN, das in den USA entwickelt wurde, sowie KOKON und LEX, die in Deutschland entwickelt wurden.

Das Programm TAXMAN¹⁴³ wurde in den 1970er Jahren entwickelt und gilt als eines der Pioniersysteme der Rechtsinformatik. Es handelt sich hierbei um ein System zur Steuerminimierung von Kapitalgesellschaften, welches mit sogenannter künstlicher Intelligenz arbeitet. Fakten werden hier über Prädikatenlogik dargestellt. Rechtsnormen sind als Wenn-dann-Regeln dargestellt.¹⁴⁴ Der Entwickler des Systems, *McCarty*, stellte in seinen ursprünglichen Ausführungen aus dem Jahr 1977 hierzu fest, diese Darstellung führe zu der Notwendigkeit einer zuvor nicht notwendigen Struktur und Eindeutigkeit.¹⁴⁵ Ein formales Modell stelle stets eine Vereinfachung der Realität dar.¹⁴⁶ Die notwendige Vereinfachung mache ein solches System daher in einigen Bereichen ungeeignet, in anderen werden Einsichten ermöglicht, die sonst durch die Komplexität der Formulierung unmöglich gewesen wären.¹⁴⁷ Unabhängig von der praktischen Nutzbarkeit von TAXMAN stelle das System daher ein Werkzeug für die Weiterentwicklung juristischer Argumentation dar.¹⁴⁸

Im Jahr 1985 wurde das System KOKON¹⁴⁹ in einem Projekt des Bundesministeriums für Bildung und Forschung entwickelt. Es handelt sich hierbei um ein System zur Konfiguration von Dokumenten, das Anwendungsbeispiel ist ein Grundstückskaufvertrag.¹⁵⁰ Ein Prototyp des Systems wurde entwickelt, das Programm aber nicht darüber hinaus in der Praxis angenommen. Die Benutzung ist interaktiv.¹⁵¹ Liegt ein Sonderfall vor, erkennt das System dies und erfragt fehlende Informationen.¹⁵²

¹⁴² Unterteilung auch bei *Bund*, Einführung in die Rechtsinformatik, 1991. So auch bei *Ring*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, 61 ff.

¹⁴³ *McCarty*, Harvard Law Review 1977, 837.

¹⁴⁴ *Bund*, Einführung in die Rechtsinformatik, 1991, 304.

¹⁴⁵ *McCarty*, Harvard Law Review 1977, 837 (839 f.).

¹⁴⁶ *McCarty*, Harvard Law Review 1977, 837 (841).

¹⁴⁷ *McCarty*, Harvard Law Review 1977, 837 (841).

¹⁴⁸ *McCarty*, Harvard Law Review 1977, 837 (839, 893).

¹⁴⁹ *Kowalewski/Schneeberger/Wiefel*, in: Paul, GI – 19. Jahrestagung II, 1989, S. 79.

¹⁵⁰ *Kowalewski/Schneeberger/Wiefel*, in: Paul, GI – 19. Jahrestagung II, 1989, S. 79.

¹⁵¹ *Ring*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, 69.

¹⁵² *Bund*, Einführung in die Rechtsinformatik, 1991, 307.

1988/1989 wurde das Projekt LEX von IBM und der Universität Tübingen entwickelt. Das System hat den Anspruch, Rechtsfragen zu § 142 StGB – Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort – zu lösen.¹⁵³ Hierzu kann der Sachverhalt in natürlicher Sprache eingegeben werden, das System entwickelt dann eine juristische Beurteilung.¹⁵⁴ Zudem können Nutzer Fragen an das System stellen. Die natürliche Sprache wird hierzu formalisiert.¹⁵⁵ Es kam allerdings nicht zu einem Einsatz des Systems in der weiten Praxis.¹⁵⁶ Es versagt insbesondere bei abstrakten Rechtsbegriffen, hinsichtlich welcher eine eindeutige Definition nicht möglich ist.¹⁵⁷

Auf Ebene der automatisierten Durchsetzung vertraglicher Ansprüche hatte 1997 der Informatiker *Szabo* die Vision eines sogenannten smart contract: „many kinds of contractual clauses [...] can be embedded in the hardware and software we deal with, in such a way as to make breach of a contract expensive [...] for the breacher.“¹⁵⁸ Der Idee nach handelt es sich bei einem smart contract um Vertragsklauseln, die in Computerprogramme implementiert sind, die in einer Art und Weise funktionieren, dass der Vertragsbruch sich rational beziehungsweise wirtschaftlich nicht lohnt. Mit der Veröffentlichung der Arbeit von *Nakamoto* zu Bitcoin als dezentralem Zahlungsmittel aus dem Jahr 2008¹⁵⁹ und der damit verbundenen Entstehung der Blockchain-Technologie bekam die Diskussion um den Einsatz von smart contracts mehr Aufmerksamkeit.

Raabe et al. entwickeln in *Recht ex machina* (2012) ein „System zur automatisierten Rechtsfolgeermittlung“¹⁶⁰ anhand des Datenschutzrechts. Hierbei soll juristische Subsumtion technisch umgesetzt werden, wobei als Voraussetzung sowohl das Recht als auch der Sachverhalt zu formalisieren wären.¹⁶¹ Ziel hierbei ist die „Komplexitätsreduktion der Rechtsprüfung durch Laien“¹⁶². Eine Einschränkung der Nutzbarkeit des Systems zeigt sich allerdings darin, dass die Richtigkeit des zugrunde gelegten Sachverhaltes vorausgesetzt wird, sie soll (und kann) nicht automatisiert überprüft werden.¹⁶³ Das Gelingen dieses Projekts wird teilweise kritisch gesehen.¹⁶⁴

¹⁵³ *Sulz/Baumann*, CR 1989, 331 (331).

¹⁵⁴ *Sulz/Baumann*, CR 1989, 331 (331).

¹⁵⁵ *Sulz/Baumann*, CR 1989, 331 (331 ff.).

¹⁵⁶ *Ring*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme, 1994, 99, 109.

¹⁵⁷ *Sulz/Baumann*, CR 1989, 331 (331).

¹⁵⁸ *Szabo*, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>.

¹⁵⁹ *Nakamoto*, <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

¹⁶⁰ *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, 6.

¹⁶¹ *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, 6.

¹⁶² *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, 5, 429.

¹⁶³ *Raabe et al.*, *Recht ex machina*, 2012, 7.

¹⁶⁴ *Kotsoglou*, JZ 2014, 451, *Kotsoglou* sieht das Projekt als schon „im Ansatz zum Scheitern verurteilt“, S. 451.

In der Wirtschaft sind sogenannte LegalTech Unternehmen, die zum Beispiel Fluggastrechte automatisiert prüfen und einfordern sowie Computerprogramme zur Erstellung und Überprüfung von Steuererklärungen längst im Einsatz.¹⁶⁵ Ein mittlerweile bedeutsamer Anwendungsfall von automatisierter Rechtsanwendung liegt im Bereich des Urheberrechts in Form des Einsatzes von Filtertechnologien. Filtertechnologien gehen jedoch einen Schritt weiter. Sie geben nicht nur automatisiert eine Einschätzung der Rechtslage wieder, sondern setzen diese sogleich um, es handelt sich damit gleichzeitig um automatisierte Rechtsdurchsetzung. Ein Bestreben nach einer Fortentwicklung des Rechtssystems ist hiermit nicht verbunden. Vielmehr geht es bei dem Einsatz von Technologie in Form von Filtertechnologien um Effizienzgewinnung in der Rechtsdurchsetzung durch private Akteure. In der hiesigen Arbeit geht es dementsprechend neben der Untersuchung technischer Grenzen solcher Systeme primär darum, wie diese Art der Rechtsdurchsetzung unter Wahrung der Integrität des Rechtssystems und der Rechte der betroffenen Nutzer gestaltet werden kann.

2. *Inhärente Grenzen der Automatisierung im Recht*

In der Jurisprudenz ist eine starke Technologiegläubigkeit zu beobachten. Zur Lösung verschiedener juristischer Probleme wird auf die technischen Möglichkeiten verwiesen. In der Debatte zu sogenannten Upload-Filtern, aber auch in Bezug auf sogenannte künstliche Intelligenz und machine learning zeigt sich dies besonders. Doch wie *Kaufmann* betont, werden Computer nie „dem Individuum als Person gerecht werden können“.¹⁶⁶ An den Grenzen, denen sich die Nutzung von Technologie für die Rechtsfindung und dementsprechend verstärkt auch die technologiebasierte Rechtsdurchsetzung gegenüberstellt, hat sich im Laufe der Zeit wenig geändert. *Fiedler* führt in seinem Aufsatz „Computers and Legal Reasoning“ aus dem Jahr 1991 die Schwierigkeiten auf, die bei der Nutzung von Technologie für rechtliche Argumentation bestehen. So nennt er als Probleme die Entwicklung einer computerausführbaren formalen Sprache, die computerausführbare Modellierung nicht logischer Elemente der Sprache wie die Analogie, das Verständnis natürlicher Sprache und „common sense“-Argumentation.¹⁶⁷ In ihrer Arbeit zu Automatisierung im Internet aus dem Jahr 2016 führt *Kastl* ähnliche Probleme auf: die Komplexität sowie die Irrationalität und fehlende Exaktheit

¹⁶⁵ Die genaue Funktionsweise und die auftretenden Probleme werden in der Regel nicht transparent gemacht. Ein vergleichsweise viel untersuchter Fall sind Filtertechnologien.

¹⁶⁶ *Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 1997, 122 f. Hierzu auch *Hoffmann-Riem*, in: Unger/Ungern-Sternberg, Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 129 (142 f.); *Hähnchen/Bommel*, JZ 2018, 334 (337): Computern fehle das Judiz, die „juristische Intuition“.

¹⁶⁷ *Fiedler*, Comput Hum 1991, 141 (146).

rechtlicher Zusammenhänge und daraus folgende mangelnde Abbildbarkeit auf Symbolebene.¹⁶⁸ Es geht also nach wie vor primär um Fragen der Übersetzung von Recht in computerausführbare Programmsprache.¹⁶⁹ Die „Übersetzung“ von Rechtsnormen in Code durch Formalisierung und Programmierung stößt spätestens dort an ihre Grenze, wo bewusst unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet werden.¹⁷⁰ Die oben zur Formalisierung erörterten Grenzen setzen sich also auf der Ebene der Automatisierung fort. Um diese sprachlichen Probleme aufzulösen, muss die komplett verschiedenartige Semantik von „wet code and dry code“, wie *Szabo* natürliche Sprache und computerverständliche Sprache unterscheidet, jeweils in ihren Stärken genutzt werden.¹⁷¹ Zu einer rein mechanischen Anwendung klarer Regeln, welche keine Abwägungsentscheidungen beinhalten, kann die Nutzung von automatisierten Systemen von großer Hilfe sein.¹⁷²

Um der Vollständigkeit Willen erwähnt sei, ohne hierauf tiefer einzugehen, dass nicht nur auf der rechtstheoretischen Ebene Grenzen der Formalisierung und der Automatisierung bestehen, sondern auch auf der mathematischen Ebene. Die Schaffung einer universalen Maschine, die jede denkbare Aufgabe lösen kann, ist logisch unmöglich.¹⁷³ Dies ergibt sich aus der Forschung zu Berechenbarkeit von *Turing*, wonach bestimmte Probleme nicht berechenbar sind.¹⁷⁴

V. Zwischenergebnis

Zur Eingrenzung des Terminus wurde in diesem Kapitel die Definition automatisierter Rechtsdurchsetzung als der Einsatz von Computerprogrammen, die rechtlich unzulässiges Verhalten vollständig automatisiert faktisch verhindern,

¹⁶⁸ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 59.

¹⁶⁹ Hierzu aus demokratietheoretischer Sicht *Unger*, in: *Unger/Ungern-Sternberg*, Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 113 (120 ff.); *Hoffmann-Riem*, in: *Unger/Ungern-Sternberg*, Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 129 (142).

¹⁷⁰ Dagegen stellt *Adrian*, Rechtstheorie 2017, 77 (80, 116) eine „Quasiquantentheorie der juristischen Sprache“ auf. Diese entwickelt er ausgehend von der Hypothese, dass es möglich sei, juristische Sprache in einer Weise zu simulieren, dass ein juristischer Fall gelöst werden kann.

¹⁷¹ *Szabo*, <http://unenumerated.blogspot.com/2006/11/wet-code-and-dry.html>.

¹⁷² So wird zum Beispiel in § 35a VwVfG der Erlass von Verwaltungsakten durch vollständig automatisierte Einrichtungen ermöglicht, allerdings unter der Voraussetzung, dass weder Ermessen noch Beurteilungsspielraum besteht, da dieses nicht automatisiert geleistet werden kann. Hierzu *Prell*, in: *Bader/Ronellenfitsch*, BeckOK VwVfG, § 35a, Rn. 13.

¹⁷³ *Krämer*, Symbolische Maschinen, 1988, 139.

¹⁷⁴ *Turing*, Proceedings of the London Mathematical Society 1936, 230. Zur weiteren Lektüre im Überblick *Krämer*, Symbolische Maschinen, 1988, 138 ff.; *Bund*, Einführung in die Rechtsinformatik, 1991, 85 ff.

erarbeitet. Als Grundlage dient die ebenfalls erarbeitete Definition von Automatisierung als Verselbständigung von Abläufen nach klar vorgegebenen Regeln, auf die mindestens eine Partei, in jedem Fall aber der hiervon betroffene Nutzer, keinen Zugriff hat. Die automatisierte Durchsetzung von Rechtsnormen kann in eine lange Auseinandersetzung um die Formalisierung von Rechtsnormen eingeordnet werden, die weit bevor der Einsatz von Computertechnologie eine Rolle spielte, begann. Wenngleich Formalisierung im Recht unabhängig von Automatisierung ist, so ist die Formalisierung der zugrunde liegenden Regel Voraussetzung der automatisierten Durchsetzung der Rechtsnorm. Rechtsnormen, die automatisiert durchgesetzt werden sollen, müssen in eine computerlesbare Sprache „übersetzt“ werden. Die Betrachtung der Grundlagen formaler Logik, auf welcher Formalisierung beruht, ermöglicht ein besseres Verständnis der Grenzen der Formalisierung und damit auch der Grenzen der Automatisierung. Ungeachtet dieser Grenzen gibt es seit langem Bestrebungen zur Formalisierung und seit kürzerem auch zur Automatisierung von Recht. *Reidenberg* sieht die Möglichkeit, dass Lex Informatica, wie er die Anwendung rechtlicher Regeln durch Technologie nennt, in Situationen, in denen selbst durchsetzende (self-executing) Regeln benötigt werden, einen Ersatz für das klassische Recht darstellen kann.¹⁷⁵ In unterschiedlichen Bereichen werden mittlerweile aus Gründen der Effizienz trotz deren technischer Grenzen automatisierte Systeme zur Unterstützung in der Rechtsfindung und wie im Urheberrecht auch zur Rechtsdurchsetzung eingesetzt. Insofern kann *Reidenberg* teilweise Recht gegeben werden. Dieser Prozess muss aber kritisch begleitet und untersucht werden.

¹⁷⁵ *Reidenberg*, Tex. L. Rev. 1998, 553 (585 f.).

Kapitel 2:

Steuerungscharakter von Technologie

Die Frage nach dem Funktionieren der Technologie stellt nur die Oberfläche einer Untersuchung des Einsatzes von Technologie zur Rechtsdurchsetzung dar.¹ Die Kernfrage nach dem Verhältnis des Rechts zu einem vollständigen Vollzug stellt sich in dem Moment, in dem die Technologie so leistungsfähig ist, dass konkrete Umsetzungsfragen, die mit Defiziten der Technologie verbunden sind, wie im Zusammenhang mit Filtertechnologien das sogenannte Overblocking², wegfallen. Entscheidend ist dann nicht mehr, was die Technologie kann, sondern inwieweit diese mit den Grundsätzen des Rechts vereinbar ist. Technische Infrastruktur entfaltet gegenüber ihren Nutzern eine zwingende Wirkung, die einen Verstoß gegen die darin niedergeschriebene Norm deutlich erschwert beziehungsweise verunmöglicht (I.). Dies wird aus verfassungsrechtlicher Sicht (II.), aus einer Wohlfahrtsperspektive (III.), sowie aus rechtstheoretischer Sicht (IV.) untersucht.

I. Abgrenzung der Steuerungswirkung von Recht und Technologie

Die Abgrenzung der Steuerungswirkung von Recht und Technologie erfordert zunächst eine genaue Betrachtung der Steuerungswirkung von Recht (1.). Anschließend folgt die Betrachtung der Wirkung von Technologie, die sich als deutlich intensiviert gegenüber der Wirkung des Rechts darstellt (2.), um abschließend die Verbindung der rechtlichen Anweisung mit der Möglichkeit der technischen Durchsetzung herzustellen, die zu der zwingenden Wirkung der Rechtsnorm führt (3.).

¹ Rademacher, Vom rechtlichen Wert des Zufalls in der KI-Gesellschaft, Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 18.11.2019.

² Zu der diesbezüglichen Literatur siehe nur *Gielen/Tiessen*, EuZW 2019, 639 (645); *Holznapel*, ZUM 2020, 1 (4); *Kaesling*, JZ 2019, 586 (589); *Kastl*, GRUR 2016, 671 (675); *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 151 ff.; *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (787 f.).

1. Rechtsbefolgung, Rechtsgeltung und faktische Freiheit zum Rechtsverstoß

Die steuernde Wirkung des Rechts ergibt sich primär aus der Befolgung von Rechtsnormen durch die dem Recht unterworfenen Individuen. Oft ist nicht ein einzelner klarer Grund für die Befolgung einer Norm auszumachen. Menschen handeln in der Regel aus einem Bündel an Motiven. Die Frage, welches Handeln durch das geltende Recht erlaubt ist und welches nicht, ist bei der Abwägung von Verhaltensoptionen nicht allein maßgeblich.³ Gründe für die Befolgung von Normen können Überzeugung, Opportunismus, soziales Verantwortungsbewusstsein und sozialer Druck, oder auch Angst vor Strafe sein.⁴ Damit Recht faktische Geltung im soziologischen Sinne eines „Seins“ entfaltet, ist es auf die Befolgung durch die Rechtsunterworfenen aus einem dieser Gründe angewiesen.⁵

Von besonderer Bedeutung ist die Befolgung aus Überzeugung im Sinne von Akzeptanz der Rechtsnorm. *Rehbinder* definiert Akzeptanz als das „sog. ideale Rechtsbewusstsein [...], das im Gegensatz zur Rechtskenntnis mit einer inneren Bejahung der Rechtsnorm verbunden ist“⁶. Diese Akzeptanz kann sich zum einen auf den Inhalt der Rechtsnorm beziehen, zum anderen auf die demokratische Legitimation der Rechtsnorm. Die besondere Bedeutung der Akzeptanz ergibt sich daraus, dass fehlende Akzeptanz der Rechtsnorm deren „Anerkennung als Recht [...] dauerhaft in Frage []stellt“⁷. Auf der inneren Akzeptanz basiert die hier so genannte innere Geltung des Rechts. Teilweise wird hierfür der Begriff der moralischen Geltung verwendet.⁸ Die Verwendung der Begrifflichkeit der moralischen Geltung führt aber zu einer Diffusion der Trennung von Recht und Moral, die an dieser Stelle zu Unklarheit führen würde.⁹

Werden Rechtsnormen nicht freiwillig befolgt, so können diese ex post staatlich durchgesetzt werden; private Rechte, die verletzt werden, können über den Rechtsweg durchgesetzt und im Wege der Zwangsvollstreckung nach §§ 704 ff. ZPO vollstreckt werden. Bei weitem wird aber nicht jeder Verstoß gegen eine Rechtsnorm entdeckt und selbst bei entdeckten Rechtsverstößen wird das Recht

³ *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, 17f.

⁴ *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2019, Rn. 115 ff.

⁵ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 335, 337; *Kelsen*, JZ 1965, 465 (467) bezeichnet das hier als „faktische Geltung“ benannte als die *Wirksamkeit des Rechts*. Diese sieht er als eine Bedingung der Geltung des Rechts.

⁶ *Rehbinder*, Rechtssoziologie, 2019, Rn. 118.

⁷ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 341.

⁸ *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 337.

⁹ vgl. *Kelsen*, JZ 1965, 465 (468): „Die wesentliche Konsequenz des Rechtspositivismus ist [nach *Kelsen*] die *Trennung des Rechts von der Moral*“.

nicht in jedem Fall durchgesetzt.¹⁰ Aus dieser Kombination der Nicht-Entdeckung und der Nicht-Durchsetzung ergibt sich ein gewisser Spielraum, welcher eine faktische Freiheit zum Rechtsverstoß lässt. Welche Rechtsverstöße entdeckt und welche der entdeckten Rechtsverstöße verfolgt werden und das Recht insoweit durchgesetzt wird, ist in einem gewissen Maß dem Zufall überlassen.¹¹ Die juristische Geltung von Recht, die sich aus der staatlichen Setzung der Rechtsvorschrift und der Möglichkeit von deren Durchsetzung durch den Staat unter Zuhilfenahme staatlicher Institutionen ergibt, ist hiervon weitestgehend unabhängig.¹²

Die Steuerungswirkung von Rechtsnormen ist also zu großen Teilen auf die Befolgung der Rechtsnorm angewiesen und lässt aufgrund der begrenzten Möglichkeiten der Durchsetzung faktische Freiheiten. Die Durchsetzung mit staatlichen Zwangsmitteln spielt bei der Steuerungswirkung des Rechts eine untergeordnete Rolle.

2. Zwingende Wirkung technischer Infrastruktur

Die Wirkung von technischen Regeln wie zum Beispiel Filtertechnologien ist im Vergleich zu den Auswirkungen von Rechtsnormen intensiviert. Dies ergibt sich aus der zwingenden Wirkung technischer Regeln. Eine rechtliche Regel bietet die Möglichkeit sie zu befolgen – oder eben nicht.¹³ Das Design einer technischen Infrastruktur entscheidet aber unmittelbar über die Handlungsmöglichkeiten.¹⁴ Eine technische Infrastruktur kann nur auf die vorgesehene Weise genutzt werden, daher kann eine dort programmierte Regel auch nicht gebrochen werden.¹⁵

¹⁰ So zum Beispiel geregelt über das Opportunitätsprinzip im Strafprozessrecht nach § 153 StPO oder auch das Bestehen eines Entschließungsermessens im Polizeirecht. Eine Nichtdurchsetzung kann sich auch aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ergeben.

¹¹ Hierzu auch *Rademacher*, Vom rechtlichen Wert des Zufalls in der KI-Gesellschaft, Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 18.11.2019.

¹² *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 2019, Rn. 334 f. Es handelt sich hierbei um das Recht im rechtspositivistischen Sinne, hierzu *Kelsen*, JZ 1965, 465.

¹³ *Lessig*, Code 2.0, 2006, 187; *Specht*, GRUR 2019, 253 (259).

¹⁴ *Specht*, Diktat der Technik, 2019, 25. *Specht* S. 25: „[...] technische Mittel beschränken nicht allein das rechtliche Dürfen, sondern das tatsächliche Können“; *Spindler*, in: *Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat*, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 2017, S. 333 (341 f.); *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222). Zum von Technologie ausgehenden Sachzwang *Roßnagel*, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung, 1993, 63.

¹⁵ Dies gilt natürlich nicht absolut, technische Infrastrukturen können mit entsprechendem Sachverstand „gehackt“ werden. Die Möglichkeiten hängen dementsprechend vom technischen Sachverstand des Einzelnen ab. Für die vorliegende Betrachtung relevant ist der durch-

Auch durch architektonische Infrastruktur und die Gestaltung von Gegenständen werden Verhaltensweisen gesteuert. Zunächst scheint dies wenig mit Automatisierung zu tun zu haben. Genauer betrachtet der soziologischen Untersuchungen zu der steuernden Wirkung von Infrastruktur zeigt aber erhellende Parallelen auf.

Winner untersucht die Verhinderung des Zugangs von Personengruppen, die kein privates Fahrzeug haben und daher auf Busse angewiesen sind, zu Parkanlagen auf Long Island.¹⁶ Die Zugangsbeschränkung erfolgt hier, indem die Brückendurchfahrten an der einzigen Straße, die dorthin führt, durch den Architekten so niedrig angesetzt wurden, dass kein Bus diese passieren kann.

In einem anderen Beispiel beschreibt *Latour* den sogenannten Berliner Schlüssel, der durch seine Gestaltung in Kombination mit der durch einen Hauswart tagsüber und nachts veränderten Ausrichtung des Schlosses dazu führt, dass tagsüber ein freier Zugang zu dem jeweiligen Haus gewährleistet ist, die Haustüre nachts aber stets abgeschlossen werden muss.¹⁷ Der Berliner Schlüssel kann aufgrund seiner Gestaltung nachts nur dann abgezogen werden, wenn die Tür abgeschlossen wird, indem er durch das Schloss hindurch geschoben werden muss, tagsüber aber nur dann auf eben diese Weise abgezogen werden kann, wenn die Tür nicht abgeschlossen wird. Durch die Gestaltung des Gegenstandes wird also eine bestimmte Handlungsweise vorgeschrieben und in einer zwingenden Weise durchgesetzt, wie es eine staatliche Verfügung nicht vermögen könnte. Die Regel wird nach *Latour* nicht durch den Schlüssel verkörpert, sondern durch diesen gebildet.¹⁸ *Latour* sieht den Schlüssel damit nicht mehr als Werkzeug, sondern als Akteur.¹⁹

Lessig nutzt für die Verbildlichung der steuernden Wirkung technischer Infrastruktur den Vergleich einer Tür, an der ein Schild mit der Aufschrift „Bitte nicht eintreten“ in Verbindung mit einer staatlichen Strafandrohung hängt, mit einer abgeschlossenen Tür.²⁰ Die abgeschlossene Tür nimmt die Möglichkeit der freien Entscheidung unter Inkaufnahme der Strafe, sie macht die Frage nach einem Akzeptieren oder Nichtakzeptieren des Verbots obsolet, da sie keinerlei Handlungsspielraum eröffnet. Es besteht also auch keine Möglichkeit der aktiven

schnittlich informierte Verbraucher. Auch der im Folgenden beschriebene Berliner Schlüssel wurde „gehackt“, *Latour*, Der Berliner Schlüssel, 1996, 47.

¹⁶ *Winner*, Daedalus 1980, 121. Zur Kritik an *Winner*: *Joerges*, Social Studies of Science 1999, 411; *Woolgar/Cooper*, Social Studies of Science 1999, 433.

¹⁷ *Latour*, Der Berliner Schlüssel, 1996.

¹⁸ *Latour*, Der Berliner Schlüssel, 1996, 49.

¹⁹ *Latour*, Der Berliner Schlüssel, 1996, 49.

²⁰ *Lessig*, Code 2.0, 2006, 82.

Wahl des rechtskonformen Verhaltens,²¹ da das rechtskonforme Verhalten das einzig mögliche ist.

Technologie ist dementsprechend nie neutral²², sie ermöglicht, erzwingt, hindert, schließt bestimmte Verhaltensweisen aus und hat damit Einfluss auf die Autonomie der Nutzer.²³ Das digitale Umfeld basiert ausschließlich auf technischer Infrastruktur. Hierdurch ergibt sich die Möglichkeit einer starken Regulierung von auf der technischen Infrastruktur basierenden rechtlichen Beziehungen.²⁴ *Koops* nutzt für solche Technologien den Begriff „normative technology“²⁵: „[N]ormative technology [...] influences how people *can* behave, while law influences how people *should* behave“²⁶. Der Nutzer sieht sich danach nicht den Kategorien Dürfen, Nichtdürfen, Sollen, sondern einer Beschränkung des faktischen Könnens gegenüber.²⁷

Reidenberg zeigt auf, dass rechtliche Regulierung und technische Steuerung parallele Strukturen haben.²⁸ Ein wesentlicher Unterschied liegt aber darin, dass *Lex Informatica*, wie *Reidenberg* Regulierung durch Technik nennt, Regeln automatisch ex ante durchsetzt, im Gegensatz zu rechtlichen Regeln, die sofern sie nicht freiwillig befolgt werden, ex post durchgesetzt werden müssen, für gewöhnlich durch Gerichte.²⁹ Zudem handelt es sich bei in Technologie umgesetzten Regeln um „self-executing“³⁰ oder auch „self-enforcing“³¹ Regeln. Beide

²¹ *Hoffmann-Riem*, AöR 2017, 1 (35).

²² *Bamberger*, Tex. L. Rev. 2010, 669 (675); *Hildebrandt*, Nanoethics 2017, 307 (310); *Koops*, in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 157 (157); *Kranzberg*, *Technology and Culture* 1986, 544 (545); *Mik*, *Law, Innovation and Technology* 2016, 1 (2).

²³ *Hildebrandt*, Nanoethics 2017, 307 (310); *Mik*, *Law, Innovation and Technology* 2016, 1 (2).

²⁴ *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222 f.); *Lessig*, *Code 2.0*, 2006, 32: „cyberspace will be the most regulable space humans have ever known“.

²⁵ *Koops*, in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 157 (158). *Koops* meint hiermit Technologie mit bewusst eingesetzten Mechanismen zur Verhaltenssteuerung in Abgrenzung zu Technologie insgesamt (Code), die tatsächlich auch Verhalten steuert, aber nicht bewusst hierfür eingesetzt wird.

²⁶ *Koops*, in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 157 (159).

²⁷ *Hoffmann-Riem*, AöR 2017, 1 (35); *Koops*, in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 157 (159); *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (222 f.); *Specht*, GRUR 2019, 253 (259); *Spindler*, in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat, *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*, 2017, S. 333 (341).

²⁸ *Reidenberg*, Tex. L. Rev. 1998, 553 (568); so auch *Mackenrodt*, *Technologie statt Vertrag?*, 2015, 23.

²⁹ *Reidenberg*, Tex. L. Rev. 1998, 553 (580 f.). *Reidenberg* plädiert hier für die Notwendigkeit des Einsatzes von Technologie als Mittel der Regulierung.

³⁰ *Hoffmann-Riem*, AöR 2017, 1 (35).

³¹ *McIntyre/Scott*, in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 109 (110); *Zittrain*, in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 125 (133).

Charakteristika, die Durchsetzung durch Technologie ex ante sowie, dass es sich bei technischen Regeln um self-enforcing Regeln handelt, stärken die zwingende Wirkung technischer Infrastruktur. Handlung und Zwang als mögliche Konsequenz sind nicht in zwei Schritte unterteilt, sondern die Handlung ist von vornherein ohne den Zwischenschritt der Durchsetzung unmittelbar nur auf eine durch die technische Infrastruktur vorgegebene Weise möglich.

3. Möglichkeit zur zwingenden Rechtsdurchsetzung im digitalen Raum

Im digitalen Raum bietet sich nun auf Rechtsdurchsetzungsebene die technische Möglichkeit der zwingend wirkenden Rechtsdurchsetzung, bevor es überhaupt zu einer Rechtsverletzung kommt. Im analogen Raum war ein vollständiger Rechtsvollzug bislang nur in sehr begrenzten Ausnahmefällen erreichbar. Eine lückenlose Überwachung, hinsichtlich welcher im analogen Raum auch mit moderner Technik äußerst fraglich ist, ob diese möglich wäre, würde lediglich die Rechtsdurchsetzung ex post erleichtern.³² Eine Rechtsdurchsetzung ex ante erfordert architektonische Kontrolle in Form physischer Barrieren, wie zum Beispiel bei Verkaufsautomaten oder U-Bahn-Systemen, in denen sich Barrieren erst durch das Scannen eines gültigen Fahrscheins öffnen.³³ Im Digitalen gibt es aber nahezu flächendeckend die Möglichkeit der Kontrolle über technische Infrastrukturentscheidungen. Die Kontrolle der Nutzer über das Einfallstor der technischen Infrastruktur ermöglicht eine zwingende ex ante Rechtsdurchsetzung. Der Rechtsverstoß wird dem Nutzer dann technisch unmöglich gemacht. Bei der Durchsetzung von Urheberrecht³⁴ durch die technische Infrastruktur einer Plattform entspricht die rechtsdurchsetzende technische Infrastruktur weitestgehend

³² *Knierim*, ZD 2011, 17 (20) ist der Ansicht eine lückenlose Überwachung könne nicht erreicht werden, dagegen ist *Klar*, MMR 2012, 788 (790) der Ansicht, dies sei auch im Analogen durch technische Neuerungen möglich. Auch *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1240) sieht eine umfassende Überwachung wohl grundsätzlich als möglich an. Ausführlich zu den technischen Möglichkeiten der Videoüberwachung: *Desoi*, Intelligente Videoüberwachung, 2017, 9 ff. Zu den Mechanismen der Rechtsdurchsetzung: *Rademacher*, JZ 2019, 702 (703). *Rademacher* sieht Rechtsdurchsetzung durch Technologie als „Fluchtpunkt“ der Mechanismen Einsicht, Stichprobe, Nudging und Intelligent Surveillance.

³³ *Morozov*, To save everything, click here, 2013, 201, hier der Vergleich des New Yorker U-Bahn Systems, welches durch Barrieren den Zutritt ohne Fahrausweis verhindert, mit dem Berliner System, im welchem auf die Regelbefolgung durch die Nutzer unter Strafandrohung vertraut wird.

³⁴ Bei den durch das Urheberrecht zugewiesenen Rechten handelt es sich um absolute Rechte. Zu der Differenzierung zwischen der Durchsetzung absoluter Rechte und vertraglicher Rechte in diesem Zusammenhang: *Bernzen/Kehrberger*, Rechtswissenschaft 2019, 374 (376 ff.). Wiederum andere Fragen stellen sich bei der Durchsetzung öffentlich-rechtlicher oder strafrechtlicher Rechtsnormen.

der rechtlichen Norm, sofern die Technologie weder Defizite in der Funktionalität aufweist, noch bewusst über das gesetzgeberische Ziel hinaus wirkt.³⁵ In Fällen, in denen reine Vertragsklauseln automatisiert durch eine Partei durchgesetzt werden, stellen sich unter anderem Fragen hinsichtlich der Zulässigkeit der Klausel nach den §§ 305 ff. BGB oder den §§ 134 und 138 BGB. Diese Fragen erübrigen sich bei der Durchsetzung von Rechtsnormen.³⁶ Dennoch ergibt sich hinsichtlich der rechtlichen Zulässigkeit der automatisierten Rechtsdurchsetzung Bedarf an weiteren Überlegungen. In der US-amerikanischen Rechtswissenschaft wird hierüber insbesondere im Polizeirecht bereits seit längerem unter dem Begriff der *impossibility structures*³⁷ diskutiert. *Rich* definiert impossibility structures als „government action aimed at making it effectively impossible for individuals to engage in proscribed conduct“³⁸. Auch wenn Filtertechnologien durch private Plattformbetreiber eingesetzt werden, so erfolgt dies doch aufgrund von „government action“, nämlich den Haftungsregelungen und der Rechtsprechung zu dem Einsatz von Filtertechnologien. *Rademacher* übernimmt den Begriff und definiert impossibility structures als „Mechanismen, die Rechtsverstöße schon rein physisch unmöglich machen sollen, es also systematisch verhindern sollen, dass eine Person sich rechtswidrig verhalten kann“³⁹. Dies entspricht der unter Kapitel 1, I. eingeführten Definition automatisierter Rechtsdurchsetzung als Einsatz von Computerprogrammen, die rechtlich unzulässiges Verhalten vollständig automatisiert faktisch verhindern. In Europa scheint die Debatte um die Frage des „perfekten“ Vollzuges von Recht überfällig zu sein.⁴⁰

³⁵ *Becker*, ZUM 2019, 636 (637). *Becker* nutzt hierfür den Begriff des „embedded law“. *Lessig*, Code 2.0, 2006, 118 beschreibt die Situation der Regulierung von Intermediären, so dass diese durch Code Recht durchsetzen und stellt fest: „Code becomes law“.

³⁶ *Koops*, in: *Brownsword/Yeung*, Regulating Technologies, 2008, S. 157, *Koops* differenziert zwischen der Durchsetzung bestehender Rechtsnormen und der Ausweitung bestehender Normen. Wobei zu beachten ist, dass es nie um die „bloße“ Durchsetzung von Rechtsnormen gehen kann, da stets ein Übersetzungsvorgang stattfindet, der zu einer gewissen Veränderung des Regelungsgehalts führt (hierzu siehe oben in Kapitel 1 unter III. und IV., zudem siehe zur Änderung des „Rechtsprodukts“ in diesem Kapitel unter IV. 2).

³⁷ *Rich*, Harvard Journal of Law & Public Policy 2013, 795 (796); *Mulligan*, Richmond Journal of Law & Technology 2008, 1 (3) nutzt den Begriff des „perfect enforcement“. Hierbei nimmt sie noch eine Differenzierung vor zwischen „perfect prevention“, „perfect surveillance“ und „perfect correction“. Die hier betrachtete Technologie fällt nach ihrer Differenzierung unter „perfect prevention“. Weitere in diesem Zusammenhang verwendete Begrifflichkeiten sind „Smart Enforcement“ und „Embedded Legal Knowledge“, so *Kuhlmann*, in: *Fries/Paal*, Smart Contracts, 2019, S. 117 (119).

³⁸ *Rich*, Harvard Journal of Law & Public Policy 2013, 795 (802).

³⁹ *Rademacher*, JZ 2019, 702 (702).

⁴⁰ Im strafrechtlichen Kontext zu impossibility structures *Beck*, ZIS 2020, 41 (50); *Fateh-Moghadam*, ZSTW 2019, 863 (870 ff.); *Hastedt*, MMR 2021, 696 (696).

II. Verfassungsrechtliche Betrachtung eines Ausschlusses von Devianz durch den Einsatz von Technologie

Spielen Defizite in der Umsetzung keine Rolle mehr, gewinnt eine verfassungsrechtliche Betrachtung vollständiger Rechtsdurchsetzung durch Technologie umso mehr an Bedeutung. Zentral ist dann, dass das Verhältnis von Technik und Recht den verfassungsrechtlichen Bedingungen entspricht.⁴¹ Im Folgenden wird daher zunächst eine Vereinbarkeit einer vollständigen automatisierten Rechtsdurchsetzung mit den grundrechtlich garantierten Freiheitsrechten des Grundgesetzes (GG) (1.) und der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (EU GR-Charta) (2.) diskutiert, um anschließend eine mögliche Verortung einer Freiheit zum Rechtsverstoß im Demokratieprinzip (3.) und im Rechtsstaatsprinzip (4.) auszuleuchten.

1. Grundrechte nach dem GG

Festgestellt wurde bisher, dass das Recht zumindest faktisch stets die Möglichkeit des Rechtsverstoßes geboten hat und dass dies auch kein Fehler, sondern eine Eigenschaft des Rechtssystems ist. Im Folgenden wird nunmehr geklärt, ob in der Situation der zwangsweisen Durchsetzung von Recht ex ante aus Sicht der Nutzer ein Eingriff in eine grundrechtlich geschützte Position zu erkennen ist und inwieweit die Rechte der Nutzer in einen schonenden Ausgleich mit dem grundrechtlich gewährleisteten Schutz der Rechteinhaber gebracht werden können.

Wird im Beispiel der Durchsetzung des urheberrechtlichen Schutzes Art. 17 DSM-RL aus grundrechtlicher Perspektive betrachtet, so hat dies am Maßstab der Grundrechte der EU GR-Charta zu geschehen. Maßstab der Prüfung der Normen des UrhDaG sind, soweit ein Umsetzungsspielraum besteht, die Grundrechte des GG. Die Grundrechte sind dann im Lichte der Grundrechte der EU GR-Charta auszulegen.⁴² Im Beispiel des Art. 17 DSM-RL steht den Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum zu. Dies ergibt sich zunächst aus der Wahl der Richtlinie als Rechtsform. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV überlässt die Richtlinie den jeweiligen Nationalstaaten die Wahl von Form und Mittel zur Umsetzung der jeweiligen Ziele der Richtlinie. Dies allein bedeutet allerdings nicht automatisch, dass keine vollständige Determinierung des Regelungsgegenstandes gegeben ist.⁴³ Im Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum UrhDaG wird aber vom

⁴¹ *Wischmeyer*, *Steuerung durch Technik*, Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 02.12.2019.

⁴² BVerfG, Beschluss v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 (Rn. 42, 60).

⁴³ BVerfG, Beschluss v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 (Rn. 38 f.).

Bestehen von Gestaltungsspielräumen bei der Umsetzung des Art. 17 DSM-RL ausgegangen.⁴⁴ Daher erfolgt die grundrechtliche Untersuchung sowohl aus der Perspektive des Grundgesetzes als auch aus der Perspektive der Unionsgrundrechte⁴⁵.

a) Unmöglichkeit des Normverstößes als gerechtfertigter Grundrechtseingriff

Verfassungsrechtliche Relevanz ergibt sich, wenn ein Verhalten, welches durch ein automatisiertes System verhindert wird, durch die Verfassung geschützt ist.⁴⁶ In der lückenlosen Umsetzung einer Rechtsnorm kann ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit oder auch in speziellere Freiheitsrechte gesehen werden, von denen im Beispiel des Einsatzes von Filtertechnologien insbesondere die Meinungsfreiheit, die Informationsfreiheit und die Kunstfreiheit von Bedeutung sind.⁴⁷ So kann die Verhinderung des Uploads eines Videos, das unter den Schutzbereich der Kunstfreiheit fällt, einen Eingriff in den Wirkungsbereich, also die Vermittlung des Kunstwerks darstellen. Die Verhinderung des Uploads eines Videos mit einem Inhalt, der unter den Schutzbereich der Meinungsfreiheit fällt, kann einen Eingriff in die Meinungsfreiheit darstellen. Dies gilt auch dann, wenn der fragliche Inhalt urheberrechtlich geschützt ist.⁴⁸ Der Schutz durch die Meinungsfreiheit kann nicht dadurch entfallen, dass der Entäußerer sich zu deren Kundgabe eines urheberrechtlich geschützten Werkes eines Dritten bedient. Die Grundrechtspositionen sind auf der Ebene der Rechtfertigung miteinander in Ausgleich zu bringen.⁴⁹ Ist der Inhalt eines Videos, dessen Upload verhindert wird, weder vom Schutzbereich der Kunstfreiheit noch der Meinungsfreiheit umfasst, so kann jedenfalls ein Eingriff in allgemeine Handlungsfreiheit des Nutzers gegeben sein, wenn dieser nicht tun und lassen kann, was er möchte. Wird das Hochladen bestimmter Inhalte verhindert, so können andere Nutzer nicht darauf zugreifen. Hierdurch wird in die ebenfalls über Art. 5 Abs. 1 S. GG geschützte Informationsfreiheit der passiven Nutzer eingegriffen.⁵⁰

⁴⁴ *BT-Drs. 19/27426* 9.3.2021, 42.

⁴⁵ Hierzu in diesem Kapitel unter 2.

⁴⁶ Aus US-amerikanischer Perspektive hierzu: *Rich*, Harvard Journal of Law & Public Policy 2013, 795 (812).

⁴⁷ *Bernzen/Kehrberger*, Rechtswissenschaft 2019, 374 (391).

⁴⁸ So auch in Bezug auf den Schutzbereich der Meinungsfreiheit nach Art. 11 EU GR-Charta und Art. 10 EMRK jüngst *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtsache C-401/19, Rn. 74. Anderer Ansicht ist *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, 365 (369).

⁴⁹ Hierzu in diesem Kapitel unten unter b) (bb).

⁵⁰ *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, 365 (370).

Die Freiheitsrechte des GG entfalten grundsätzlich nur Wirkung als Abwehrrechte gegen den Staat.⁵¹ Der Eingriff erfolgt in der beispielhaft betrachteten Situation nicht unmittelbar durch die Rechtsnorm, die eine Handlung gebietet oder verbietet, sondern durch den privaten Plattformbetreiber, dem die Rechtsnorm über die Haftungsregelung faktisch eine Pflicht zur Rechtsdurchsetzung auferlegt. Die durch die Rechtsnorm auferlegte Handlungspflicht trifft private Plattformbetreiber, welche durch die Umsetzung wiederum die Freiheiten der Nutzer einschränken. Anknüpfungspunkt des Eingriffs kann dementsprechend entweder der staatliche Akt, der den Einsatz der rechtsdurchsetzenden Technologie verlangt oder der Einsatz der Technologie durch den privaten Akteur, der die technische Infrastruktur betreibt, sein.

Wird die gesetzgeberische Maßnahme oder die Gerichtsentscheidung betrachtet, die den Einsatz der Technologie bedingt, wirken die Grundrechte unmittelbar. So sieht das BVerfG im NetzDG einen unmittelbaren und gegenwärtigen Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit der Nutzer eines sozialen Netzwerkes.⁵² Begründet wird dies damit, dass Anbieter sozialer Netzwerke „bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen ohne Entscheidungsfreiraum unbedingt zur Entfernung oder Sperrung der [entsprechenden] Inhalte[] verpflichtet“⁵³ sind. Dies kann bei den Vorgaben des UrhDaG, beziehungsweise des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL durchaus anders gesehen werden. Dort werden die Diensteanbieter nicht unmittelbar zur Sperrung urheberrechtsverletzender Inhalte verpflichtet. Doch sind der auferlegte Haftungsdruck sowie die praktische Notwendigkeit des Einsatzes von Filtertechnologien zur Umsetzung der Anstrengungen, die unternommen werden müssen, um einer Haftung zu entgehen, so groß, dass dies einer unmittelbaren Pflicht gleichkommt. So nahm das BVerfG in Bezug auf das Ladenschlussgesetz ebenfalls einen Eingriff in die Grundrechte der Käufer an, obwohl das Gesetz sich an die Ladeninhaber richtet. Die Norm wirke wie ein „unmittelbar an [die Kunden] gerichteter Gesetzesbefehl“, da diese die Kunden „zwangsläufig“ am Einkauf hindere.⁵⁴ Entscheidend für die Frage des Grundrechtseingriffs sind bei solchen faktischen Beeinträchtigungen „Maß und Absehbarkeit der Betroffenheit“⁵⁵ des Dritten. Diesem Maßstab folgend, sprechen gute Argumente dafür, einen Grundrechtseingriff durch eine Haftungsregelung, die den Einsatz von Filtertechnologien erfordert, zu sehen, sofern die Auswirkungen auf die Nutzer der entsprechenden Plattformen nicht nur absehbar, sondern beabsichtigt sind und gerade die Nutzer an dem Upload urheberrechtlich geschützter

⁵¹ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257.

⁵² BVerfG, Beschluss v. 23.04.2019 – 1 BvR 2314/18, NVwZ 2019, 1125 (Rn. 5).

⁵³ BVerfG, Beschluss v. 23.04.2019 – 1 BvR 2314/18, NVwZ 2019, 1125 (Rn. 5).

⁵⁴ BVerfG, Urt. v. 29.11.1961 – 1 BvR 758/57, VerwRspr 1963, 129.

⁵⁵ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 2 Abs. 1, Rn. 49.

Werke gehindert werden sollen. Ist zudem ein tatsächlicher Entscheidungs-freiraum für Diensteanbieter angesichts des Haftungsdrucks durch eine entsprechende Norm nicht zu erkennen, so kann darin ein Grundrechtseingriff gesehen werden.⁵⁶

Einen zweiten Anknüpfungspunkt für einen Grundrechtseingriff stellt der Einsatz der Filtertechnologien dar. Da diese durch die privaten Plattformbetreiber eingesetzt werden, wirken die Grundrechte, die Abwehrrechte gegen den Staat darstellen, hier grundsätzlich nicht unmittelbar. Allerdings zeichnet sich in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung die Annahme einer Grundrechtsverpflichtung von Plattformbetreibern ab. Das BVerfG nimmt eine Grundrechtsverpflichtung Privater an, wenn diese „die Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen“.⁵⁷ In der weiteren Rechtsprechung wird auch die „gesellschaftliche Bedeutung“ und „soziale Mächtigkeit“ durch das BVerfG als Faktor bei der Grundrechtsverpflichtung herangezogen.⁵⁸ Konsequenter und Zustimmungswürdig wird eine Übertragung dieser Rechtsprechung auf die Betreiber großer Plattformen angenommen.⁵⁹ In dem betrachteten Beispiel ergibt sich eine Schutzwirkung der Freiheitsrechte gegenüber rechtsdurchsetzenden Technologien dementsprechend bei beiden Anknüpfungspunkten. Ein Eingriff in Freiheitsrechte der Nutzer bei dem gesetzlich induzierten Einsatz von rechtsdurchsetzender Technologie durch Diensteanbieter kann unmittelbar durch den Staat oder durch den ebenfalls grundrechtsverpflichteten Plattformbetreiber angenommen werden.

Ein subjektives Recht auf die Schaffung von Freiheitssphären kann aus den Grundrechten nicht hergeleitet werden.⁶⁰ Doch muss eine Einschränkung von Grundrechten gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Die potentiell durch Systeme zur automatisierten Rechtsdurchsetzung berührten Grundrechte unterliegen unterschiedlichen Schrankenbestimmungen, nach denen ein Eingriff gerechtfertigt sein kann. Während die Kunstfreiheit schrankenlos gewährleistet ist, können die Meinungs- und die Informationsfreiheit sowie die allgemeine Handlungsfreiheit durch ein allgemeines Gesetz eingeschränkt werden. Systeme zur automatisierten Rechtsdurchsetzung dienen der Durchsetzung von Rechten und Rechts-

⁵⁶ In Bezug auf einen Eingriff in die Unionsgrundrechte durch Art. 17 DSM-RL auch *Saugsmandsgaard Oe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 83 f. Siehe hierzu in diesem Kapitel unten unter 2. a).

⁵⁷ BVerfG, Urt. v. 22.22.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201 (Rn. 59); Beschluss v. 18.07.2015 – 1 BvQ 25/15, NJW 2015, 2485 (Rn. 6).

⁵⁸ BVerfG, Beschluss v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (Rn. 33).

⁵⁹ *Jobst*, NJW 2020, 11 (15); *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (5); *Wagner*, GRUR 2020, 329 (335).

⁶⁰ *Becker*, ZUM 2019, 636 (640).

gütern Dritter, die in der Regel wiederum durch die Verfassung gewährleistet sind. Im Beispiel der Durchsetzung von Urheberrecht zugunsten der Rechteinhaber wird das Eigentumsgrundrecht, worunter auch das Urheberrecht gefasst wird, der Rechteinhaber geschützt. Auch die schrankenlos gewährleistete Kunstfreiheit muss demnach mit dem Eigentumsgrundrecht in einen Ausgleich gebracht werden, so dass beide kollidierenden Grundrechte Geltung entfalten können. Die gesetzliche Grundlage der Einschränkung findet sich in den entsprechenden der eingesetzten Technologie zugrundeliegenden materiellen Rechtsnormen, die durchgesetzt werden. Zudem muss der Eingriff aber auch verhältnismäßig sein, was im Fall kollidierender grundrechtlicher Positionen erfordert, dass ein optimaler Ausgleich der kollidierenden Grundrechte im Sinne einer praktischen Konkordanz gefunden wird.

b) Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses des Normverstoßes

Auf Ebene der Rechtfertigung ist die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall entscheidend. Der Zweck der rechtfertigenden Norm muss in einem angemessenen Verhältnis zu dem Grundrechtseingriff stehen. Es kommt stets auf die Bedeutung des durch das staatliche Handeln gefährdeten Rechtsguts und das Maß der Einschränkung in einer Abwägung mit dem geschützten Rechtsgut im Einzelfall an.⁶¹

aa) Flächendeckende Verhaltenssteuerung als Grenze der Verhältnismäßigkeit

Durch den konkreten Einsatz von Filtertechnologien auf Plattformen zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen entsteht im Einzelfall kein allzu großer Eingriff in die Handlungsfreiheit der Nutzer. In einer Abwägung des Rechtsdurchsetzungsinteresses, im Beispiel das Interesse der Durchsetzung des Urheberrechts, mit der allgemeinen Handlungsfreiheit, kann der Einsatz von Filtertechnologien nicht als generell unzulässig gesehen werden. Ein gänzliches Verbot von impossibility structures ist nicht dienlich,⁶² da die Automatisierung in der Rechtsdurchsetzung gerade auch Vorteile bringt. Das dem Inhaber des Urheberrechts zugewiesene Ausschließlichkeitsrecht ist von dem Eigentumsgrundrecht umfasst. Geschützt wird hierdurch insbesondere die Freiheit über das „vermögenswerte[] Ergebnis[] der schöpferischen Leistung“⁶³ zu verfügen. Die durch digitale Kopiermöglichkeiten und durch Online-Plattformen eröffneten

⁶¹ Schulze-Fielitz, in: Dreier, Grundgesetz Kommentar, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 184.

⁶² Rademacher, JZ 2019, 702 (707). Rademacher führt das Verbot staatlicher Zensur als das einzige Verbot einer impossibility structure an.

⁶³ BVerfG, Beschluss v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46 (Rn. 72).

Wege, Werke öffentlich zugänglich zu machen, sind manuell gar nicht überprüfbar. Bei dem Einsatz von Filtertechnologien zur Durchsetzung von Urheberrechten handelt es sich bei Filtertechnologien also um eine technische Lösung für ein technisches Problem.

Als zustimmungswürdige Grenze der Verhältnismäßigkeit schlägt *Paschke* eine „Determinierungsgesamtrechnung“⁶⁴ als Analogie zu der durch das BVerfG in seiner Entscheidung zur Vorratsdatenspeicherung entwickelten „Überwachungs-Gesamtrechnung“⁶⁵ vor.⁶⁶ Das BVerfG stellt in dem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung fest, dass die „Freiheitswahrnehmung der Bürger nicht total erfasst und registriert werden darf“; dies gehöre „zur verfassungsrechtlichen Identität der Bundesrepublik Deutschland“.⁶⁷ Nach der Überwachungs-Gesamtrechnung soll der Gesetzgeber daher „zu größerer Zurückhaltung“ gezwungen sein.⁶⁸ Eine Parallelisierung dieser Wertung zu automatisierter Rechtsdurchsetzung würde bedeuten, dass der Gesetzgeber auch zum Zweck der Rechtsdurchsetzung durch Technologie nicht die Freiheitswahrnehmung der Bürger umfassend kontrollieren und einschränken dürfte. Die in der DSM-RL vorgegebene Form der Regulierung durch Technologie könnte somit nicht ohne eine jeweilige kritische Prüfung als Vorbild für weitere Bereiche genommen werden.

Eine unmittelbare Übertragung der Rechtsprechung zur Überwachung auf Rechtsdurchsetzung kann zwar nicht stattfinden; so sind teilweise unterschiedliche Rechte und Rechtsgüter des Rechtssubjekts betroffen. Gleichzeitig bestehen aber naheliegende Parallelen zur automatisierten Rechtsdurchsetzung. Es handelt sich bei Kontrolle und Überwachung gleichsam um eine Vorstufe der Rechtsdurchsetzung. Überwachung, welche der Aufdeckung von rechtswidrigem Verhalten dient, wird im analogen Raum eingesetzt, wo eine Durchsetzung durch Technologie in der Regel gar nicht möglich ist. Die technische Rechtsdurchsetzung im Digitalen ist die logische Fortführung. Daher müssen die Grenzen der Überwachung erst recht als Grenzen der Rechtsdurchsetzung gelten.

Das spezifische Gefährdungspotenzial sowohl einer Überwachung als auch der automatisierten Rechtsdurchsetzung ergibt sich dabei aus dem additiven Charakter des Grundrechtseingriffs.⁶⁹ Definiert ist der „additive“ Grundrechts-

⁶⁴ *Paschke*, MMR 2019, 563 (567).

⁶⁵ *Roßnagel*, NJW 2010, 1238.

⁶⁶ So auch *Wischmeyer*, *Steuerung durch Technik*, Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 02.12.2019.

⁶⁷ BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 – 1 BvR 256/08, NJW 2010, 833 (Rn. 218).

⁶⁸ BVerfG, Urt. v. 02.03.2010 – 1 BvR 256/08, NJW 2010, 833 (Rn. 218); *Roßnagel*, NJW 2010, 1238 (1240).

⁶⁹ BVerfG, Urt. v. 12.04.2005 – 2 BvR 581/01 2005, 371 (1341); Beschluss v. 27.03.2012 – 2 BvR 2258/09, NJW 2012, 1784 (Rn. 59)

eingriff durch das BVerfG als „[m]ehrere für sich betrachtet möglicherweise angemessene oder zumutbare Eingriffe in grundrechtlich geschützte Bereiche[, die] in ihrer Gesamtwirkung zu einer schwerwiegenden Beeinträchtigung führen [können], die das Maß rechtsstaatlich hinnehmbare[r] Eingriffsintensität überschreitet“.⁷⁰ Ähnlich ist die Rechtsprechung des BVerfG zu Kontrollen von Kfz-Kennzeichen. Durch die Erfassung amtlicher Kfz-Kennzeichen werde die Weiterfahrt eines jeden gewissermaßen unter Vorbehalt gestellt. Diese Maßnahme stelle unabhängig von den Folgen „als solche“ eine Freiheitsbeeinträchtigung dar.⁷¹ Die Verhältnismäßigkeit einer solchen Maßnahme könne nur dann angenommen werden, wenn sie nicht flächendeckend stattfindet.⁷² Einzelne Situationen der Determinierung bestimmter Handlungen in einer Weise, die deviantes Verhalten ausschließt, können für sich genommen nicht notwendigerweise als unverhältnismäßig gesehen werden. Eine unverhältnismäßige Grundrechtsbeeinträchtigung ergibt sich dann, wenn diese Determinierung übergreifend stattfindet.

Sollen die durch das BVerfG dargestellten Grundsätze zu der totalen Erfassung und Registrierung der Freiheitswahrnehmung der Bürger auf die Ebene der Durchsetzung von Rechtsnormen übertragen werden, stellt sich die Frage, ob eine vollständige Determinierung bereits anzunehmen, beziehungsweise die vom BVerfG aufgestellten Grundsätze übertragbar sind, bei *einer* Rechtsnorm, die vollständig durchgesetzt wird oder erst bei einer Durchsetzung *aller* oder zumindest einer Vielzahl von Rechtsnormen, die zusammen eine Vielzahl von Handlungen determinieren. Entscheidend sind hierbei wiederum der Einzelfall und die Schwere der Auswirkung der Durchsetzung der jeweiligen einzelnen Rechtsnorm auf die Freiheitswahrnehmung. In der Regel wird eine Parallele zu einer vollständigen Überwachung nur dann gezogen werden können, wenn mehr als nur eine bestimmte Verhaltensweise unmöglich gemacht wird, um von einer Unverhältnismäßigkeit sprechen zu können. Als äußerstes Extrem mag dabei eine flächendeckende Verhaltenssteuerung, die einen Verstoß gegen eine Vielzahl von Normen unmöglich macht, gesehen werden. Dann kann gar so weit argumentiert werden, dass das Individuum hierdurch zum „bloßen Objekt“ staatlichen Handelns gemacht würde, was nach der von dem BVerfG aufgestellten Objektformel⁷³ der Menschenwürde widersprechen würde.⁷⁴ *Rouvroy* sieht die Subjekti-

⁷⁰ BVerfG, Beschluss v. 27.03.2012 – 2 BvR 2258/09, NJW 2012, 1784 (Rn. 59).

⁷¹ BVerfG, Beschluss v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, NJW 2019, 827 (Rn. 51).

⁷² BVerfG, Beschluss v. 18.12.2018 – 1 BvR 142/15, NJW 2019, 827 (Rn. 100).

⁷³ Ständige Rechtsprechung des BVerfG, siehe nur BVerfG, Urt. v. 17.01.2017 – 2 BvB 1/13, BVerfGE 144, 20 (Rn. 539); Beschluss v. 15.01.2009 – 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248 (Rn. 69); Beschluss v. 26.05.1981 – 2 BvR 215/81, BVerfGE 57, 250 (Rn. 64).

⁷⁴ *Bernzen/Kehrberger*, Rechtswissenschaft 2019, 374 (395); *Paschke*, MMR 2019, 563

vität des Individuums definiert durch die Fähigkeit zur tatsächlichen Reflexion und der Entscheidung über Optionen auch in Bezug auf die Rechtsbefolgung.⁷⁵ Wird jede Handlung vollständig in den Bahnen der Gesetzmäßigkeit gelenkt, so kann die Subjektqualität des Individuums zerfallen. An dem Punkt einer umfassenden Determinierung befindet sich die Situation bislang und auch in absehbarer Zeit nicht. Doch auch im Rahmen der Durchsetzung einer einzelnen Rechtsnorm ist aufgrund der dynamischen Entwicklung im Zeitalter der Algorithmisierung stets die grundrechtliche Relevanz des Einsatzes automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung zu beachten. Notwendig ist, dass genug Spielraum zur Wahrnehmung von Freiheitsrechten besteht. Gleichzeitig sind gewisse Eingriffe in diese hinzunehmen, da es sich bei der Sicherstellung rechtskonformen Verhaltens stets auch um die Sicherung von Rechten und Rechtsgütern Anderer handelt.

bb) Optimaler Ausgleich kollidierender grundrechtlich geschützter Positionen

Ist ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht, wie die Kunstfreiheit, von einem Eingriff aufgrund einer ebenfalls grundrechtlich geschützten Position betroffen, so sind beide Positionen zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz in einen optimalen „schonendsten Ausgleich[]“⁷⁶ zu bringen. Dasselbe gilt, wenn das Grundrecht der Meinungsfreiheit von einem solchen Eingriff betroffen ist.⁷⁷ Diese kann zwar nach Art. 5 Abs. 2 GG durch allgemeine Gesetze eingeschränkt werden, doch wird aufgrund der besonderen Bedeutung der Meinungsfreiheit für die demokratische Ordnung im Rahmen einer Wechselwirkung bei einem Eingriff wiederum das einschränkende Grundrecht durch die Meinungsfreiheit begrenzt.⁷⁸ Nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG sind „kollidierende Grundrechtspositionen [...] in ihrer Wechselwirkung zu erfassen und [...] nach dem Grundsatz der praktischen Konkordanz so in Ausgleich zu bringen, dass sie für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden“.⁷⁹ Wird durch ein automatisiertes System zur

(567). In diese Richtung gehend sind wohl auch *Felsner/Rendl*, in: Kipker/Kopp/Wiersbinski/Marschelke/Hamann/Weichold, *Der normative Druck des Faktischen*, 2019, S. 15 (24) zu verstehen.

⁷⁵ *Rouvroy*, in: Hildebrandt/Vries, *Privacy, Due Process and the Computational Turn*, 2013, S. 143 (154).

⁷⁶ *Lerche*, *Übermaß und Verfassungsrecht*, 1961, 153.

⁷⁷ *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 145.

⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 (258); *Grabenwarter*, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 139 ff.

⁷⁹ Beschluss v. 23.10.2013 – 1 BvR 1842/11, 1 BvR 1843/11, NJW 2014, 46 (Rn. 68); so u. a. auch Beschluss v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, NJW 1993, 36 (38); Beschluss v. 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, NJW 2011, 3428 (Rn. 86); Beschluss v. 03.11.1987 – 1 BvR 1257/84 u. a., NJW 1988, 325 (326).

Rechtsdurchsetzung also ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht oder die Meinungsfreiheit eingeschränkt, so muss die Grenze eines zulässigen Einsatzes auch fehlerfrei funktionierender Systeme zur automatisierten Rechtsdurchsetzung vor diesem Hintergrund überprüft werden. Entscheidender Faktor ist dabei, dass sichergestellt wird, dass nicht zugunsten des durch den Einsatz des Systems geschützten Grundrechts, im hiesigen Beispiel also des Eigentumsgrundrechts, die Wirkung des hierdurch eingeschränkten Grundrechts vollständig verdrängt wird. Die Informationsfreiheit kann nach Art. 5 Abs. 2 GG durch allgemeine Gesetze eingeschränkt werden, doch fordert auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Abwägung kollidierender Grundrechtspositionen.

Die urheberrechtlichen Schrankenregelungen dienen auf abstrakt-genereller Ebene der Schaffung eines angemessenen Verhältnisses der Interessen der Allgemeinheit zu den Rechten der Urheberrechtsinhaber.⁸⁰ Damit die Schrankenregelungen dieser ausgleichenden Funktion gerecht werden, muss deren Auslegung grundrechtsfreundlich stattfinden.

Auf der abstrakten Ebene kann dies, wird die Normauslegung bei dem Einsatz technischer Systeme mit der Programmierung gleichgesetzt, durch ein fehlerfrei funktionierendes automatisiertes System gewährleistet werden. Dies kann aber nur gelten, sofern die Programmierung desselben in eben dieser grundrechtsfreundlichen Weise stattgefunden hat.

Zudem müssen die Grundrechte aber auch in der Rechtsanwendung im konkreten Einzelfall zur optimalen Entfaltung kommen können.⁸¹ Dies erfordert jeweils eine Einzelfallbetrachtung. Diese Einzelfallbetrachtung verlangt eine Einbeziehung der Umstände und des Kontextes, was eine komplexe, durch einen Menschen erbrachte Entscheidung voraussetzt.⁸² Ein automatisiertes System kann nach dem aktuellen Stand der Technik und auch nach den absehbaren Möglichkeiten der Entwicklung die hierfür erforderliche Abwägung im Einzelfall nicht treffen.⁸³ Daraus kann aber gleichzeitig keine generelle Unzulässigkeit des Einsatzes automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung in Bereichen, in denen hierdurch potentiell schrankenlos gewährleistete Grundrechte oder die Meinungs- oder Informationsfreiheit betroffen sind, gefolgert werden. Im Fall der Durchsetzung von Urheberrechten im Internet würde hierdurch dem Eigentumsgrundrecht der Rechteinhaber nicht zur Geltung verholfen werden. Der Verzicht auf automatisierte Systeme würde in bestimmten Bereichen, die technisch geprägt sind, und die neue Rechtsverletzungen erst ermöglichen, betroffene Grund-

⁸⁰ Ungern-Sternberg, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, § 15, Rn. 39. So auch in Erwägungsgrund 31 der InfoSoc-RL und Erwägungsgrund 6 der DSM-RL.

⁸¹ Grabenwarter, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2, Rn. 145 f.

⁸² Die menschliche Entscheidung muss wiederum gerichtlich überprüfbar sein.

⁸³ Siehe hierzu oben unter Kapitel 1, III. 2. d).

rechtsträger nicht ausreichend schützen. Auch dies würde keinen optimalen Ausgleich kollidierender grundrechtlich geschützter Positionen bedeuten. Der notwendige Schutz des Eigentumsgrundrechts der Rechteinhaber führt dazu, dass auch ein Eingriff in die Rechte der Nutzer in Kauf genommen werden muss. Dies muss erst recht gelten, wenn angenommen wird, dass technische Systeme zur automatisierten Rechtsdurchsetzung in Lage sind, jegliche Fehlentscheidungen auszuschließen.

Der bestmögliche Ausgleich der kollidierenden Grundrechte besteht in Situationen, in denen einwandfrei funktionierende und die Schranken des Urheberrechts in grundrechtsfreundlicher Weise einbeziehende Systeme im Einsatz sind, daher darin, dass kollidierende Rechte primär auf abstrakter Ebene beachtet werden. Die Grenze muss aber die oben dargelegte flächendeckende Verhaltenssteuerung sein. Zudem müssen, um den eingeschränkten Grundrechten die Möglichkeit zu geben, einer Abwägung im Einzelfall durch einen Menschen zugeführt zu werden, stets Beschwerdemechanismen in das System integriert sein, die dazu führen, dass der Einzelfall durch einen Menschen überprüft wird. Nur so kann auch auf Normanwendungsebene die Grundrechtskollision einem möglichst schonenden Ausgleich zugeführt werden und der spezifischen, sich aus der zwangsweisen Durchsetzung der Rechtsnorm ergebenden, Situation von Nutzern entgegengekommen werden.

Ein unverhältnismäßiger Grundrechtseingriff kann daher in dem Einsatz fehlerfrei funktionierender automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung in dem Beispiel von Filtertechnologien zur Urheberrechtsdurchsetzung grundsätzlich nicht gesehen werden, solange die Programmierung in grundrechtsfreundlicher Weise stattfindet, die Möglichkeit der Überprüfung durch einen Menschen besteht und die Schwelle einer flächendeckenden Verhaltenssteuerung nicht erreicht wird.

2. Unionsgrundrechte

Nachdem die Vereinbarkeit des Ausschlusses des Rechtsverstoßes mit den durch das GG gewährleisteten Grundrechten beleuchtet wurde, gilt die weitere Betrachtung den durch die EU GR-Charta gewährleisteten Grundrechten.

a) Eingriff in die Freiheitsrechte der EU GR-Charta

Meinungsfreiheit und Informationsfreiheit sind, genau wie die Kunstfreiheit, auch nach der EU GR-Charta geschützt. Eine Entsprechung der allgemeinen Handlungsfreiheit kennt die EU GR-Charta allerdings nicht.⁸⁴

⁸⁴ Insbesondere geht es bei Art. 6 der EU GR-Charta nicht um die allgemeine Handlungs-

Nach Art. 11 der EU GR-Charta besteht das Recht auf freie Meinungsäußerung sowie das Recht, Informationen zu empfangen. Gemäß Art. 52 Abs. 3 EU GR-Charta ist dieses Recht in Übereinstimmung mit Art. 10 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) auszulegen. Wird das Hochladen bestimmter Inhalte auf eine Plattform verhindert, findet eine Einschränkung dieser Freiheit statt, sofern die entsprechenden Inhalte meinungsrelevant sind.⁸⁵ Spiegelbildlich wird in die Grundrechte der passiven Nutzer von Plattformen, die Inhalte, die blockiert wurden, nicht konsumieren können, eingegriffen.⁸⁶ Informationen über das Internet zu beziehen, fasst der EuGH unter den Schutz der Informationsfreiheit nach Art. 11 EU GR-Charta.⁸⁷ Künstlerische Inhalte sind nach Art. 13 EU GR-Charta, der Kunstfreiheit, welche wiederum in Übereinstimmung mit der EMRK auszulegen ist, geschützt. In die Kunstfreiheit wird durch eine Verhinderung von Uploads künstlerischer Inhalte ebenfalls eingegriffen.⁸⁸

Der Schutz der Unionsgrundrechte entfaltet sich, wie auch nach der deutschen Grundrechtsdogmatik, nur gegenüber Eingriffen von hoheitlicher Stelle. Überzeugend argumentiert Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* in seinen Schlussanträgen zu der Nichtigkeitsklage Polens gegen Art. 17 Abs. 4 lit. b und lit. c letzter Satzteil der DSM-RL, dass der Eingriff dem Unionsgesetzgeber zuzurechnen ist.⁸⁹ Die Blockierung bestimmter Inhalte findet nicht aufgrund der Geschäftsbedingungen oder Standards der Plattformbetreiber und aus deren eigener Initiative statt, sondern weil diese bestimmte gesetzliche Bestimmungen, in dem Fall die des Art. 17 DSM-RL, erfüllen müssen, um nicht für Urheberrechtsverletzungen zu haften.⁹⁰

b) Vereinbarkeit des Eingriffs mit den Gewährleistungen der EU GR-Charta

Ein Eingriff in Grundrechte der EU GR-Charta ist nach Art. 52 Abs. 1 EU GR-Charta dann mit deren Gewährleistungen vereinbar, wenn der Eingriff ge-

freiheit, sondern lediglich um die körperliche Fortbewegungsfreiheit *Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU, Art. 6, Rn. 6.

⁸⁵ Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit ist unabhängig von dem urheberrechtlichen Schutz der Inhalte eröffnet, *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 74. Siehe hierzu auch oben in diesem Kapitel unter 1. a).

⁸⁶ *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, 365 (370).

⁸⁷ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 64 f.) – YouTube Uploaded; *Brings-Wiesen*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, Art. 11 GRCh, Rn. 17.

⁸⁸ *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, 365 (368).

⁸⁹ *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 83 f.

⁹⁰ *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 83 f.

setzlich vorgesehen ist, den Wesensgehalt der Freiheitsrechte wahrt und verhältnismäßig ist. Die gesetzliche Grundlage der Einschränkung ist im Beispiel die Norm selbst, also Art. 17 DSM-RL. Das einschränkende Gesetz muss auch hinreichend zugänglich und vorhersehbar sein. Beides ist bei Art. 17 DSM-RL gegeben. Auch wenn bestimmte Begriffe der Auslegung bedürfen, schränkt dies nicht die Vorhersehbarkeit über die Maße ein; im Gegenteil, eine gewisse Flexibilität ist der absoluten Vorhersehbarkeit vorzuziehen.⁹¹

Der Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsverletzungsverhinderung, im Beispiel zur Verhinderung von Verletzungen des Urheberrechts, in der Form wie dieser sich nach Maßgabe des Art. 17 DSM-RL ergibt, verletzt keines der relevanten Grundrechte der EU GR-Charta in seinem Wesensgehalt.⁹² Um Urheberrechtsverletzungen vorbeugend zu begegnen, müssen gewisse Einschränkungen der Meinungsfreiheit und der Informationsfreiheit sowie der Kunstfreiheit möglich sein, ohne dass dies bedeutet, dass die jeweiligen Grundrechte in ihrem Wesensgehalt beeinträchtigt sind. Dies schließt ein, dass eine spezifische Überwachung, um rechtsverletzende Inhalte zu blockieren, möglich sein muss.⁹³ Wiederum argumentiert Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe* überzeugend in seinen Schlussanträgen, der technologische Fortschritt könne nicht ignoriert werden und die Möglichkeit der Filterung bestimmter Werke müsse ein mögliches Mittel sein, um Rechtsverletzungen zu verhindern.⁹⁴

Dabei ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Art. 52 EU GR-Charta konkretisiert, dass Einschränkungen der Grundrechte nur dann zulässig sind, wenn diese notwendig sind, und dass sie „den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen“ müssen. Das Urheberrecht, das als geistiges Eigentum von Art. 17 Abs. 2 EU GR-Charta umfasst ist, dient dem Schutz der Rechte anderer, nämlich dem der Rechteinhaber. Die Filterung von Inhalten ist geeignet, um urheberrechtliche Normen im digitalen Kontext durchzusetzen. Ein weniger belastendes und dabei genauso wirksames Mittel ist nicht ersichtlich. Entscheidend ist wiederum die Verhältnismäßigkeit im Einzelfall, wonach der Zweck des Eingriffs in einem angemessenen Verhältnis zu den Zielen stehen muss. Dementsprechend sind der Schutz des Urheberrechts durch den Einsatz automatisierter Systeme und die damit verbundene Einschränkung der Meinungs-, Informations- und Kunstfreiheit in einen Ausgleich

⁹¹ *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 95.

⁹² *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 114 f.

⁹³ Ausführlich zu der Abgrenzung zwischen einer spezifischen Überwachungspflicht und einer nach Art. 15 E-Commerce-RL unzulässigen allgemeinen Überwachungspflicht unter Kapitel 5, II, 2.

⁹⁴ *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 113.

zu bringen.⁹⁵ Grundsätzlich steht dem Unionsgesetzgeber bei der Gewichtung der Grundrechte ein Ermessen zu.⁹⁶ Der Schutz des Urheberrechts bedarf im Internet besonderer Maßnahmen, da dessen Einhaltung im digitalen Kontext schwer kontrollierbar ist und hohe wirtschaftliche Schäden entstehen.⁹⁷ Dabei sind aber Gefahren für die Meinungs-, Informations- und Kunstfreiheit zu minimieren. Wie zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit der nationalen deutschen Grundrechte⁹⁸ ist auch hier notwendig, dass die Schranken des Urheberrechts, die dem Ausgleich der Interessen der Urheberrechtsinhaber und der Allgemeinheit dienen, gewahrt werden können. Diese sind in einwandfrei funktionierende technische Systeme zur Filterung urheberrechtsverletzender Inhalte einprogrammiert. Die Programmierung muss, wie oben erörtert, in grundrechtsfreundlicher Weise stattfinden.⁹⁹ Um dem zwingenden Charakter der automatisierten Prüfung zu begegnen, müssen auch bei technisch einwandfrei funktionierenden Systemen Beschwerdemechanismen vorgesehen sein, die im Einzelfall die Möglichkeit eine Entscheidung durch einen Menschen herbeizuführen bieten. Ist dies gewährleistet, ist der Eingriff in Grundrechte der Nutzer zugunsten eines wirksamen Schutzes des Urheberrechts hinzunehmen.

Da nach der EU GR-Charta die allgemeine Handlungsfreiheit nicht geschützt ist, kann sich die absolute Grenze der flächendeckenden Verhaltenssteuerung nur aus der in Art. 1 EU GR-Charta gewährleisteten Würde des Menschen ergeben. Deren Schutzbereich nach der EU GR-Charta beinhaltet die Wahrung der Subjektqualität des Menschen.¹⁰⁰ Diese ist dann berührt, wenn jede Handlung vollständig in den Bahnen der Gesetzmäßigkeit gelenkt wird und der Verstoß gegen eine Vielzahl an Normen unmöglich gemacht wird, so dass das Individuum zum Objekt staatlichen Handelns wird. Wie oben erörtert, ist diese Entwicklung bislang nicht absehbar.¹⁰¹

⁹⁵ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 64 f.) – YouTube Uploaded; *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066 (Rn. 10).

⁹⁶ *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 135 f.

⁹⁷ *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 137.

⁹⁸ Siehe hierzu oben in diesem Kapitel unter II. 1. b) (bb).

⁹⁹ Nach Generalanwalt *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 170 ff. kommt dem präventiven Schutz der Rechte der Nutzer eine entscheidende Bedeutung bei der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs durch die nach Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL erforderlichen Maßnahmen zu. Hierzu vertieft unter Kapitel 5, I. 1. Der präventive Schutz von Nutzerrechten ist bei fehleranfälliger Technologie, wie diese nach aktuellem Stand ist, entscheidend um Overblocking zu vermeiden. An dieser Stelle wird aber die (bislang hypothetische) Situation fehlerfrei funktionierender Technologie untersucht.

¹⁰⁰ *Jarass*, in: *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, Art. 1, Rn. 6.

¹⁰¹ Siehe hierzu oben in diesem Kapitel unter II. 1. b) (aa).

In der technisch fehlerfreien automatisierten Durchsetzung von Rechten, im hiesigen Beispiel des Urheberrechts, kann daher, auch nach dem Maßstab der Unionsgrundrechte, dann kein Verstoß gesehen werden, wenn die Rechte der Nutzer dabei gewahrt werden, insbesondere durch eine grundrechtsfreundliche Programmierung und Beschwerdemechanismen, die es ermöglichen, den Sachverhalt einer Entscheidung durch einen Menschen zuzuführen.

3. Demokratieprinzip

Die Frage, inwieweit ein durch Technologie abgesicherter vollständiger Rechtsvollzug verfassungsrechtlich zulässig ist, führt zu einer näheren Betrachtung des Demokratieprinzips. Mit einem vollständigen Rechtsvollzug fällt die Freiheit zum Rechtsverstoß weg. Wäre die Möglichkeit gegen Rechtsnormen zu verstoßen als Bestandteil des Demokratieprinzips einzuordnen, so würde dies in der Konsequenz bedeuten, dass rechtsdurchsetzende Technologie generell unzulässig wäre, oder aber dass die Freiheit zum Rechtsverstoß bereits im Gesetzgebungsprozess Beachtung finden müsste.

Nach einem klassischen Demokratieverständnis ist eine solche Verankerung aber kaum zu begründen. Im Demokratieprinzip geht es klassischerweise um die Organisation staatlicher Gewalt¹⁰² und als Volk wird die Gesamtheit der Staatsbürger gesehen.¹⁰³ Eine notwendige Ermöglichung des Rechtsverstoßes für Individuen hierin zu sehen, würde das Demokratieprinzip überspannen. Dieses ist gerade auf die kollektive Willensbildung ausgerichtet. Sobald sich diese in Form eines Gesetzes niedergeschlagen hat, bleibt kein Raum mehr für das Individuum zur Einflussnahme auf den Inhalt des Gesetzes jenseits der Anregung einer Gesetzesänderung auf politischer Ebene. Zwar geht nach dem Demokratieprinzip nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG „[a]lle Staatsgewalt [...] vom Volke aus“, doch kommt dem Individuum hiernach nur über Wahlen (und Abstimmungen, Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG) demokratische Mitbestimmung zu.¹⁰⁴ Nach Böckenförde kann in der Demokratie „das Prinzip individueller Freiheit und Selbstbestimmung weder unbegrenzt noch unvermittelt zur Geltung“¹⁰⁵ gebracht werden. Demzufolge hat

¹⁰² Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2003, Rn. 9.

¹⁰³ BVerfG, Urt. v. 31.10.1990 – 2 BvF 2/89, 2 BvF 6/89, NJW 1991, 162 (163); Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2003, Rn. 26; Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 (Demokratie), Rn. 79.

¹⁰⁴ Grzeszick, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 20 (Demokratie), Rn. 109 f.; ausführlich auch Schröder, JA 2017, 809 (812).

¹⁰⁵ Böckenförde, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2003, Rn. 37.

die demokratische Mitbestimmung sich auf die politische Ebene und den Wahlakt zu fokussieren. Folglich kann nach der herkömmlichen Interpretation des Demokratieprinzips eine Freiheit zum Rechtsverstoß dort nicht verortet werden.

Vor dem Hintergrund der zunehmenden Algorithmisierung steht das Demokratieprinzip aber vor neuen Herausforderungen.¹⁰⁶ Daher sind weitere, über das klassische Verständnis hinausgehende, Ansätze zu diskutieren. Der Gedanke von *Habermas*, wonach „Rechtsnormen [...] aus Einsicht befolgt werden können“¹⁰⁷ müssen und wonach die Idee der Selbstgesetzgebung von Bürgern fordert, „daß sich diejenigen, die als Adressaten dem Recht unterworfen sind, zugleich als Autoren des Rechts verstehen können“¹⁰⁸, könnte weitergeführt werden, als Argument für eine im Demokratieprinzip verankerte notwendige Freiheit zum Rechtsverstoß.¹⁰⁹ Eine solche Interpretation würde dem Individuum in der Theorie von *Habermas* aber zu viel Bedeutung beimessen. Die Selbstbestimmung des Individuums verwirklicht sich nach diesem gerade in der Beteiligung am politischen Prozess,¹¹⁰ es geht also um eine politische Verallgemeinerung.

Letztendlich entscheidend ist die Frage des Zusammenspiels individueller Freiheit und demokratischer Freiheit nach dem Demokratieprinzip, ob also Normen nur mittelbar durch Kollektive über Wahlen und Gesetzgebung beeinflusst werden können oder ob die Nichtbefolgung der Norm durch das Individuum – stets unter Inkaufnahme der Sanktion – eine Form der demokratischen Auseinandersetzung mit der Norm darstellt. Andeutungen eines individualistischeren Verständnisses des BVerfG¹¹¹, welches dieses über die Kommunikationsgrundrechte entfaltet, finden sich teilweise; so in dem Brokdorf-Beschluss, in dem das BVerfG vom Willensbildungsprozess als „trial and error“ und als „ständige geistige Auseinandersetzung“ spricht.¹¹² Eine solche ständige geistige Auseinandersetzung

¹⁰⁶ Im Kontext sogenannter künstlicher Intelligenz hierzu zum Beispiel *Unger*, in: *Unger/Ungern-Sternberg*, Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 113.

¹⁰⁷ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 154.

¹⁰⁸ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 153.

¹⁰⁹ *Rademacher*, Vom rechtlichen Wert des Zufalls in der KI-Gesellschaft, Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 18.11.2019.

¹¹⁰ *Habermas*, in: Ackermann, Politische Sozialisation, 1974, S. 138 (139).

¹¹¹ Vornehmlich des ersten Senats.

¹¹² BVerfG, Beschuß v. 14.05.1985 – 1 BvR 233/81, 1 BvR 341/81, NJW 1985, 2395 (2396). So wird auch im Lüth-Urteil die Meinungsfreiheit als für eine „freiheitlich-demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend“ gesehen, „denn es ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist“ BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/57, NJW 1958, 257 (258). Im Lissabon Urteil wird das Wahlrecht als subjektiver Anspruch auf demokratische Selbstbestimmung genannt BVerfG, Urt. v. 30.06.2009 – 2 BvE 2/08 u. a., NJW 2009, 2267 (208 ff.). Doch auch hier wird lediglich das Wahlrecht als subjektives Recht postuliert, welches die Möglichkeit der demokratischen Mitwirkung beinhaltet. Eine demokratische Mitwirkung über den Wahlakt hinaus ist nicht vorgesehen.

kann durchaus auch als mit der Möglichkeit des Rechtsverstoßes verbunden gesehen werden. Die ständige Reevaluation der Befolgung der Norm bestätigt diese im Fall des normkonformen Verhaltens oder signalisiert deren Ablehnung in Form des Rechtsverstoßes. Die geistige Auseinandersetzung mit der Norm bedeutet aber nicht, dass die Freiheit des Individuums, aktiv gegen diese zu verstoßen, als notwendiges Element des demokratischen Prozesses zu sehen und durch das Recht zu schützen ist.

Die inhaltliche Gestaltung von Rechtsnormen findet im demokratischen Prozess im Parlament statt. Das Individuum kann hierauf nach dem Demokratieprinzip über die Wahl von politischen Repräsentanten mittelbar Einfluss nehmen. Sofern die Norm, die automatisiert durchgesetzt wird, aus diesem demokratischen Prozess hervorgegangen ist, müsste die Möglichkeit gegen diese verstoßen zu können, sich ebenfalls aus dem demokratischen Prozess ergeben, um ein notwendiges Element zu sein. Aus gesetzlichen Regelungen kann sich genauso beispielsweise die Notwendigkeit ergeben, gesetzlich verankerte Schutzmechanismen gegen Handlungsdeterminierungen durch automatisierte Systeme im parlamentarischen Prozess zu regeln.

Eine Freiheit zum Rechtsverstoß ergibt sich aus dem Demokratieprinzip auch unter den gewandelten Bedingungen der Algorithmisierung daher nicht. Die gewandelten technischen Möglichkeiten können lediglich die Verabschiedung gewandelter Gesetze im demokratischen Prozess erforderlich machen.

4. Rechtsstaatsprinzip

Das Rechtsstaatsprinzip als Staatsstrukturprinzip gewährleistet, dass „politische und gesellschaftliche Macht [...] nach Maßgabe von Recht und Gerechtigkeit“¹¹³ ausgeübt werden. Es stellt damit gewisse Anforderungen an die Art und Weise der Rechtsdurchsetzung im Rechtsstaat. Aus diesen Anforderungen kann zwar nicht positiv gelesen werden, dass die Möglichkeit bestehen muss, gegen Rechtsnormen verstoßen zu können, gleichzeitig wird aber keineswegs ein vollständiger Vollzug von Rechtsnormen verlangt. Vielmehr fordert das Rechtsstaatsprinzip eine Rechtsdurchsetzung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beziehungsweise dem Übermaßverbot.¹¹⁴ Hiernach hat stets eine Abwägung aller Umstände des Einzelfalls stattzufinden.¹¹⁵ Diese Beschränkung der Durchsetz-

¹¹³ *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier, Grundgesetz Kommentar*, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 1.

¹¹⁴ BVerfG, Beschluss v. 05.03.1968 – 1 BvR 579/67, NJW 1968, 979 (981); Beschluss v. 18.07.1973 – 1 BvR 23 u. 155/73, NJW 1974, 227; Beschluss v. 30.09.1987 – 2 BvR 933/82, NVwZ 1988, 329 (344); Beschluss v. 09.03.1994 – 2 BvL 43/92 u. a., NJW 1994, 1577 (1579); *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig, Grundgesetz*, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 107 f.

¹¹⁵ *Schulze-Fielitz*, in: *Dreier, Grundgesetz Kommentar*, Art. 20 (Rechtsstaat), Rn. 184 f.

barkeit ist nach Möllers gerade „Kern der Rechtsstaatlichkeit“.¹¹⁶ Der Rechtsvollzug folgt also nicht automatisch aus dem Verstoß gegen die materiell-rechtliche Rechtsnorm. Zwischengelagert ist der im Rechtsstaatsprinzip verkörperte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.¹¹⁷ Eine vollständige Rechtsdurchsetzung durch Technologie lässt aber die beiden Ebenen des materiellen Rechts und der Rechtsdurchsetzung zu einer verschwimmen.¹¹⁸ Verbietet eine Rechtsnorm auf der Ebene des materiellen Rechts ein bestimmtes Verhalten und wird diese Rechtsnorm auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung automatisiert durchgesetzt, so ist ein Auseinanderfallen des angeordneten Verbots und der darauf folgenden Durchsetzung nicht möglich. Ein ungeahndeter Verstoß gegen das Verbot kann nicht stattfinden, da es gar nicht erst zu dem Verstoß kommen kann. Gerade auf dieser Ebene fordert das Rechtsstaatsprinzip aber Raum für Verhältnismäßigkeitserwägungen. Das Rechtsstaatsprinzip fordert also eine Zwischenebene zwischen materiellem Recht und Rechtsvollzug, die fehlt, wenn das materielle Recht automatisiert durchgesetzt wird. Somit kann aus dem Rechtsstaatsprinzip gefolgert werden, dass die Wahrung dieser Ebene als Voraussetzung der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit automatisierter Systeme notwendig ist. Dies bedeutet aber nicht, dass hieraus eine Freiheit zum Rechtsverstoß folgt. Das Rechtsstaatsprinzip fordert gerade nicht, dass in bestimmten Fällen ein Rechtsverstoß stattfinden darf oder muss, es fordert lediglich, dass das materielle Recht nicht ungeachtet der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall durchgesetzt wird.

III. Betrachtung des Ausschlusses von Devianz aus einer Wohlfahrtsperspektive

Aus einer Wohlfahrtsperspektive ist der Maßstab für die Beurteilung des Einsatzes rechtsdurchsetzender Technologien und des damit verbundenen Ausschlusses von deviantem Verhalten deren Auswirkung auf die Gesamtwohlfahrt. Daher wird im Folgenden, nachdem das Konzept der Gesamtwohlfahrt dargelegt wurde (1.), zunächst der konkrete wohlfahrtssteigernde Nutzen automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung herausgearbeitet (2.), anschließend die Kosten des Einsatzes und negativer Nebeneffekte betrachtet (3.), um abschließend in einer Ge-

¹¹⁶ Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, 478.

¹¹⁷ So nennt Möllers in seinem Vortrag zur Preisverleihung der Schader-Stiftung die Rechtsstaatlichkeit einen „Puffer zwischen Norm und Vollzug“, Möllers, Der missverständene Rechtsstaat, Vortrag, Preisverleihung Schrader Stiftung, Darmstadt 28.05.2019.

¹¹⁸ Zu dem Verhältnis der Ebenen des materiellen Rechts und der Rechtsdurchsetzung anschaulich: Hofmann, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 125 (130 ff.).

genüberstellung von Kosten und Nutzen Parameter einer wohlfahrtssteigernden Wirkung rechtsdurchsetzender Technologien herauszuarbeiten (4.).

1. Gesamtwohlfahrt als Ausgangspunkt

Entscheidend für die Beurteilung des Einsatzes automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung ist, ob die Gesamtwohlfahrt gesteigert wird. Gemessen wird die Steigerung der Gesamtwohlfahrt anhand „*wohlfahrtsökonomischer Effizienzkriterien*“¹¹⁹. Zur Bestimmung der Effizienz werden unterschiedliche Ansätze verfolgt. So ist eine Rechtsnorm oder ein Vertragsverhältnis nach *Pareto* effizient, wenn hierdurch ein Akteur besser gestellt wird, ohne dass ein anderer schlechter gestellt wird.¹²⁰ Ein Vertrag ist nach *Pareto* auch dann nicht effizient, wenn er zwar für beide Seiten von Vorteil ist, aber von Nachteil für dritte Parteien.¹²¹ Das sogenannte *Pareto*-Kriterium ist für die Beurteilung von Rechtsnormen nicht ideal.¹²² Durch rechtliche Regeln sind eine Vielzahl von Menschen betroffen; sie wirken sich unweigerlich für irgendeinen Akteur negativ aus.¹²³ Nach dem Ansatz von *Kaldor/Hicks* zur Bestimmung der Effizienz können dagegen negative Auswirkungen mit positiven Auswirkungen aufgewogen werden,¹²⁴ weshalb diese Methode sich besser eignet, um staatliche Maßnahmen zu beurteilen. Aber auch für die Beurteilung von Verträgen bietet das *Kaldor/Hicks*-Kriterium einen größeren Spielraum. Nach *Kaldor/Hicks* hat eine Kosten-Nutzen-Analyse stattzufinden.¹²⁵ Die Nutzen und die Kosten, die sich aus einer bestimmten staatlichen Maßnahme ergeben, werden danach monetär bewertet und gegeneinander aufgewogen.¹²⁶ Hintergrund dessen ist, dass so diejenigen, die durch die fragliche Maßnahme besser gestellt werden, die Nachteile derjenigen, die schlechter gestellt werden, theoretisch kompensieren könnten.¹²⁷ Ergibt sich daraus eine positive Differenz, so ist die Maßnahme nach dem *Kaldor/Hicks*-Kri-

¹¹⁹ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, 57.

¹²⁰ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, 48; Mathis, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2019, 55; Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2017, Rn. 90.

¹²¹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020, 472.

¹²² Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, 52 f.

¹²³ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, 52 f.; Petersen/Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2017, Rn. 49.

¹²⁴ Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2017, Rn. 93.

¹²⁵ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, 51.

¹²⁶ Eidenmüller, Effizienz als Rechtsprinzip, 2015, 52.

¹²⁷ Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2017, Rn. 93. Wobei sich an dem Konstrukt der theoretischen Kompensierbarkeit auch die Kritik an dem *Kaldor/Hicks*-Kriterium entfaltet, hierzu ebenfalls Towfigh, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2017, Rn. 94.

terium als effizient zu bewerten. Gesteigert wird die Gesamtwohlfahrt also, wenn der positive Nutzen einer Maßnahme deren Kosten und negative Nebeneffekte überwiegt.¹²⁸

Wird automatisierte Rechtsdurchsetzung anhand wohlfahrtsökonomischer Kriterien untersucht, so ist demnach zu untersuchen, ob der positive Nutzen des Einsatzes rechtsdurchsetzender Technologie die Kosten des Einsatzes überwiegen. Übersteigen aber die Kosten des Ausschlusses von Devianz deren Nutzen, so ergibt sich aus der Wohlfahrtsperspektive, dass die Verletzung von Rechten im Sinne der Gesamtwohlfahrt hinzunehmen ist.¹²⁹ Darauf basierend findet die folgende Analyse statt.

2. Schadensverhinderung als Nutzen

Der grundsätzliche Nutzen von Rechtsdurchsetzung für die Gesamtwohlfahrt liegt in einer Stärkung von Rechtssicherheit und daraus folgender Verlässlichkeit und gesellschaftlichem Vertrauen in den Schutz zugewiesener Rechte.

Im Beispiel des Urheberrechts werden durch die Zuweisung des Ausschließlichkeitsrechts nach der ökonomischen Begründung des Urheberrechts Schaffensanreize erzeugt.¹³⁰ Durch die rechtliche Zuweisung von Exklusivität sollen Innovationskosten kompensiert werden. Können Urheber darauf vertrauen, dass ihre Rechte vollständig durchgesetzt werden, so mag dies nach der ökonomischen Logik einen Anreiz für vermehrtes Schaffen bilden, was der Gesellschaft durch die dadurch entstehende größere kulturelle Vielfalt zugutekommt.¹³¹ Unter der Prämisse eines gesellschaftlichen Mehrwertes kultureller Vielfalt ist dies dementsprechend wohlfahrtssteigernd. Auch unter streng ökonomischen Gesichtspunkten entsteht eine Wohlfahrtssteigerung durch die geschaffenen Werke, die handelbare Güter darstellen.

Der konkrete Nutzen des Einsatzes automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung ergibt sich dann aus der Vermeidung der Rechtsverletzung und dem damit verbundenen Schaden für den Rechteinhaber. Dabei liegt der Mehrwert des

¹²⁸ *Shavell*, Foundations of economic analysis of law, 2004, 471.

¹²⁹ *Suwelack*, MMR 2018, 582 (585).

¹³⁰ Hierzu grundlegend *Landes/Posner*, The Journal of Legal Studies 1989, 325 (326 ff.). Wobei es sich bei der ökonomischen Begründung nur um eine Rechtfertigung des Urheberrechts handelt. Als Überblick über andere Perspektiven zur Rechtfertigung des Urheberrechts und kritisch gegenüber der rechtsökonomischen Begründung: *Schack*, in: Depenheuer/Peifer, Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 123.

¹³¹ Dabei ist entscheidend, dass es nicht um eine Ausdehnung des Schutzes geht, sondern um eine Durchsetzung des bestehenden urheberrechtlichen Schutzes, ein Zuviel an materiell-rechtlichem Schutz ist nicht wohlfahrtssteigernd. Siehe *Dreier*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Einleitung, Rn. 14.

Einsatzes automatisierter Systeme gegenüber herkömmlicher Rechtsdurchsetzung allerdings lediglich in der Schadensdifferenz des Restschadens, der auch bei Schadensprävention und Kompensation mit den Mitteln herkömmlicher Rechtsdurchsetzung entsteht und der Situation vollkommener Rechtsdurchsetzung. Dem Einsatz automatisierter Systeme kann dementsprechend nicht die Vermeidung des gesamten Schadens potentieller Rechtsverletzungen als Nutzen zugeschrieben werden, da auch ohne deren Einsatz nicht ungehindert Rechte verletzt werden. Herkömmliche Rechtsdurchsetzung beinhaltet das Vertrauen, dass Bürger sich aus Akzeptanz oder sonstigen der oben aufgeführten¹³² Gründe an das Recht halten.¹³³ Für dennoch erfolgende Rechtsverstöße sieht das Recht zudem eine Kompensation des Schadens vor.¹³⁴ Der kompensierte Schaden ist allerdings auch mit Kosten verbunden, da es aufwändig ist, Schäden geltend zu machen. Ergebnis der Schadensdifferenz sind folglich nicht entdeckte Rechtsverstöße sowie solche, die nicht vollständig ex post kompensiert werden (können). Systemen zur automatisierten ex ante Rechtsdurchsetzung kann dementsprechend nur die Verhinderung dieser Schäden als Nutzen gegenüber der regulierenden Wirkung von Recht, das in Fällen von Verstößen ex post durchgesetzt wird, zugerechnet werden. Im Beispiel der Durchsetzung von Urheberrecht auf Plattformen kann diese Differenz allerdings relativ groß sein. Ein Rechtsverstoß lohnt sich für den „rationalen Delinquenten“¹³⁵ nach ökonomischen Erwägungen dann, wenn der potentielle Nutzen die potentiellen Kosten übersteigt.¹³⁶ Werden Uploads urheberrechtlich geschützter Werke auf Plattformen betrachtet, liegt der Nutzen des Rechtsverstoßes darin, Werke frei zu verwenden, ohne hierfür eine Lizenz einzuholen. Die Kosten sind insofern gering, als dass die Wahrscheinlichkeit der Rechtsverfolgung gering ist. Geistiges Eigentum zu schützen ist aufgrund dessen „public good character“ besonders teuer.¹³⁷ Aus rationaler Perspektive lohnt sich dementsprechend der Urheberrechtsverstoß für den Nutzer einer Plattform. Folglich ist der Nutzen des Einsatzes automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung in diesem Beispiel relativ hoch, in anderen Gebieten mag der Nutzen durch eine höhere Befolgsrate relativiert sein. Zudem kann die ex

¹³² Siehe hierzu in diesem Kapitel oben unter I. 1.

¹³³ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2019, 113. Dort als Kritik zu ökonomischen Überlegungen im Bereich des Strafrechts. Der Rechtsstaat ist demnach darauf angewiesen, dass die Mehrheit der Bevölkerung Recht nicht aufgrund der Höhe der angedrohten Sanktion, sondern aufgrund dessen Legitimität befolgt.

¹³⁴ Im Urheberrecht zum Beispiel kann der Verletzte nach § 97 Abs. 2 UrhG bei einer fahrlässig oder vorsätzlich begangenen Urheberrechtsverletzung den daraus entstandenen Schaden ersetzt bekommen.

¹³⁵ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2019, 111.

¹³⁶ *Mathis*, Effizienz statt Gerechtigkeit?, 2019, 111, dort in Bezug auf Straftaten.

¹³⁷ *Landes/Posner*, The economic structure of intellectual property law, 2003, 18.

ante Rechtsdurchsetzung im Kontext der Urheberrechtsdurchsetzung im Internet deutlich kostengünstiger stattfinden, als jeden Verstoß ex post zu verfolgen, wenn automatisierte Systeme einmal eingesetzt sind.¹³⁸ Im Ergebnis hängt der Nutzen des Einsatzes automatisierter Systeme zur ex ante Rechtsdurchsetzung also auch von den Kosten herkömmlicher ex post Rechtsdurchsetzung und dem Nutzen des Rechtsverstoßes für den potentiellen Delinquenten ab.

3. Wohlfahrtsverluste aus dem Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung

Dem Nutzen gegenüberzustellen sind Wohlfahrtsverluste, die entstehen, wenn durch Technologie in bestimmten Bereichen ein Ausbrechen aus der durch das Recht gesetzten Ordnung verhindert wird.

Die wohlfahrtsmindernden Kosten automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung ergeben sich zunächst aus den Kosten des unmittelbaren Einsatzes solcher Systeme, also vor allem aus deren Entwicklung und Implementierung.¹³⁹ Die Kosten zur Verhinderung von Rechtsverletzungen variieren deutlich, je nachdem an welcher Stelle und durch welchen Akteur diese verhindert werden sollen. Ökonomisch sinnvoll ist der Einsatz entsprechender Systeme durch den Akteur, der den Rechtsverstoß am effizientesten, also zu den geringsten Kosten und gleichzeitig am effektivsten, vermeiden kann. Dieser ist der sogenannte *cheapest cost avoider*.¹⁴⁰ Im digitalen Umfeld, in dem Verhaltenssteuerung durch technische Infrastruktur stattfindet, ist *cheapest cost avoider* der Akteur, der die technische Infrastruktur bereitstellt.¹⁴¹ Dies ist im Beispiel der Durchsetzung von Urheberrechten bei der Nutzung von Plattformen der Plattformbetreiber. Die Kosten des Einsatzes der Technologie ergeben sich, werden Private zum Einsatz verpflichtet oder wird diesen aufgrund der Gestaltung des jeweiligen Haftungs-

¹³⁸ Siehe *Shavell*, *Foundations of economic analysis of law*, 2004, 575 ff. zu der ökonomischen Analyse des optimalen Zeitpunkts und der optimalen Methode des Eingreifens durch Recht in unterschiedlichen Kontexten.

¹³⁹ So belaufen sich zum Beispiel die Kosten des von YouTube eingesetzten Content-ID Systems nach eigenen Angaben auf über 100 Millionen Euro: *Google*, *How Google Fights Piracy*, https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, 13. Ist das automatisierte System zur Rechtsdurchsetzung aber einmal eingesetzt, so ist diese automatisierte ex ante Rechtsdurchsetzung günstiger als jeden Rechtsverstoß einzeln ex post zu verfolgen. Die Kosten entstehen also nur unmittelbar für den Einsetzenden. Werden die Kosten des Einsatzes mit den Kosten herkömmlicher Rechtsdurchsetzung gegengerechnet, so ist dieser günstiger.

¹⁴⁰ *Schäfer/Ott*, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 2020, 279.

¹⁴¹ Siehe hierzu auch angewandt auf das Beispiel des Einsatzes von Filtertechnologien zur Durchsetzung von Urheberrechten unter Kapitel 4, IV. 2. d).

regimes der Einsatz der rechtsdurchsetzenden Technologie nahegelegt, für private Akteure. Es handelt sich um eine Verschiebung des Schadens, der einer Akteursgruppe entsteht, hin zu Kosten für die Rechtsdurchsetzung, die einer anderen Akteursgruppe entstehen.¹⁴² Es tritt eine Wohlfahrtssteigerung für die Akteursgruppe ein, für die der Schaden verhindert wird. Für die Akteursgruppe, die den Schaden verhindern muss, tritt aber eine Wohlfahrtsminderung ein.

Neben den unmittelbaren Kosten des Einsatzes entsprechender technischer Systeme entstehen weitere Kosten. Der Einsatz hat Auswirkungen auf die Rechtsverhältnisse, in die der einsetzende Akteur eintritt und dementsprechend auf die Nutzer der technischen Infrastruktur, denen gegenüber die Rechtsdurchsetzung stattfindet. Der Vertragspartner, der die Infrastruktur einsetzt, nimmt auf das Verhalten seines Vertragspartners in technisch zwingender Art und Weise Einfluss, wodurch Handlungsfreiheiten eingeschränkt werden. Grundrechtlich geschützte Handlungen werden so ausgebrems.¹⁴³ Dies äußert sich im Beispiel des Einsatzes von Filtertechnologien darin, dass Dateien nicht über die Plattform geteilt werden können, sofern sie durch die Technologie als rechtsverletzend eingestuft werden.

So entstehen durch den Einsatz rechtsdurchsetzender Technologien Machtasymmetrien zwischen der Vertragspartei, die eine rechtsdurchsetzende Technologie einsetzt und derjenigen, die sich dem Einsatz einer solchen Technologie gegenüberstellt, beziehungsweise bestehende Asymmetrien werden ausgeweitet. Diese Machtasymmetrie wird durch das überlegene Wissen über die Funktionsweise der Technologie des Vertragspartners, der die Technologie einsetzt, weiter verstärkt. Zwar können Nutzer grundsätzlich davon absehen, in ein Vertragsverhältnis mit dem Betreiber der rechtsdurchsetzenden technischen Infrastruktur einzutreten. Sobald eine Plattform eine gewisse Größe erreicht hat, entstehen aber Netzwerkeffekte, die dieser zu einer beherrschenden Stellung verhelfen.¹⁴⁴ Bestimmte Plattformen nehmen eine gesellschaftlich derart bedeutende Stellung ein, dass diskutiert wird, ob diese „essential facilities“¹⁴⁵ darstellen, beziehungs-

¹⁴² Vgl. *Coase*, *Journal of Law and Economics* 1960, 1 (2). Nach *Coase* verhält sich ein Schaden reziprok: die Vermeidung des Schadens bei einem Akteur führt zu einem Schaden bei einem anderen Akteur. Dies kann auch bei dem Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung beobachtet werden. Die Rechtsdurchsetzung zugunsten einer Akteursgruppe führt zu einer Einschränkung bei einer anderen Akteursgruppe.

¹⁴³ Hierzu ausführlich in diesem Kapitel unter II. 1. und 2.

¹⁴⁴ *Schulz/Dankert*, Die Macht der Informationsintermediäre, 27; *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (8); *Uphues*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 15.3 Big Data in Online-Medien und auf Plattformen, Rn. 7. Vertieft zu Netzeffekten *Engert*, Rechtswissenschaft 2014, 301 (310 ff.).

¹⁴⁵ *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1 (10).

weise eine monopolartige Stellung¹⁴⁶ angenommen wird. Die Entscheidung über den Eintritt in ein Rechtsverhältnis mit dem Betreiber einer marktbeherrschenden Plattform erfolgt mithin nur begrenzt privatautonom.¹⁴⁷

Wohlfahrtsverluste durch den Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung ergeben sich somit sowohl auf Seiten des Akteurs, der die Systeme einsetzt, als auch auf Seiten desjenigen, der sich diesen gegenüber sieht, als auch auf struktureller Ebene.

4. Parameter einer wohlfahrtssteigernden Wirkung automatisierter Rechtsdurchsetzung

Aus der Wohlfahrtsperspektive sind die Nutzen der Verhinderung von Rechtsverletzungen, die bei herkömmlicher Rechtsdurchsetzung stattgefunden hätten und die auch nicht ausgeglichen worden wären, den Kosten, die durch den Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung für den Einsetzenden aber auch für Dritte entstehen, gegenüberzustellen. Auf der abstrakten Ebene ist offen, ob die Nutzen die Kosten des Einsatzes automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung überwiegen. Doch auch in dem Beispiel der Durchsetzung des Urheberrechts durch automatisierte Systeme kann kein eindeutiges Ergebnis genannt werden.¹⁴⁸ Kosten und Nutzen lassen sich, bis auf die Kosten der Entwicklung und Implementierung entsprechender Systeme, nicht mit mathematischer Genauigkeit benennen. Zu vielfältig sind die einzelnen Faktoren, von denen die Bewertung abhängt. Daher können lediglich Parameter einer Wohlfahrtssteigerung aufgeführt werden.

So ist der Einsatz entsprechender Systeme desto effizienter und damit wohlfahrtssteigernder, je mehr Schäden hierdurch tatsächlich vermieden werden. Je größer also die Differenz zwischen den ohne Einsatz der Systeme ohnehin vermiedenen oder ausgeglichenen Schäden und dem vollständigen Ausbleiben von Schäden aufgrund des Einsatzes von Systemen zur vollständigen Rechtsdurchsetzung ist, desto eher überwiegen die Nutzen. Je eher eine Rechtsnormen aber ohnehin aufgrund von Akzeptanz beziehungsweise Überzeugung, sozialem Druck, Verantwortungsbewusstsein oder anderen Gründen befolgt wird, desto weniger Schäden werden durch eine zwingend wirkende automatisierte Rechtsdurchsetzung verhindert.¹⁴⁹ Gleichzeitig gilt aber: Je schwerer der Eingriff in die

¹⁴⁶ Schulz/Dankert, Die Macht der Informationsintermediäre, 26.

¹⁴⁷ Schweitzer, ZEuP 2019, 1 (8 f.).

¹⁴⁸ Vgl. auch Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479 (483) zu der methodologischen Kritik an der Kosten-Nutzen-Analyse bei der ökonomischen Analyse des Urheberrechts.

¹⁴⁹ Vgl. Shavell, Foundations of economic analysis of law, 2004, 591, 613 ff. in Bezug auf die Notwendigkeit rechtlicher Sanktionen.

Handlungsfreiheit durch die Systeme wiegt, desto eher sind diese kritisch zu betrachten, da sie das Potential haben auch nützliche Handlungen zu unterbinden.

Kosten können aber auch durch weiteres regulatorisches Eingreifen relativiert werden. Die Einschränkung von Handlungsfreiheiten sowie Machtasymmetrien können durch entsprechende Rechtsschutzmechanismen bis zu einem gewissen Grad ausgeglichen werden. Ob ein solcher Ausgleich zu einem Überwiegen der Nutzen über die Kosten im Sinne des *Kaldor/Hicks*-Kriteriums führt, hängt allerdings immer vom ganz konkreten Einzelfall ab. Eine generelle Aussage zu der Bedeutung devianten Verhaltens und dessen Ausschluss kann aus einer Wohlfahrtsperspektive daher nicht getroffen werden.

IV. Rechtstheoretische Betrachtung eines Ausschlusses von Devianz durch den Einsatz von Technologie

Ein Ausschluss von deviantem Verhalten durch zwingende Rechtsdurchsetzung wirft über das Verfassungsrecht und die Gesamtwohlfahrt hinausgehende normative Fragen auf. Der Rechtsdurchsetzung durch Technologie müssen daher über die verfassungsrechtlich-dogmatische und die Betrachtung aus einer Wohlfahrtsperspektive hinaus weitere Überlegungen, nämlich hinsichtlich der rechtstheoretischen Ebene, gewidmet werden. Unter der Wendung *Recht zum Rechtsverstoß* wird in jüngster Zeit eine immer breiter werdende Debatte geführt, die sich um die Frage der Bedeutung des Rechtsverstoßes im Rechtssystem dreht.¹⁵⁰ Die Formulierung des Rechts zum Rechtsverstoß stößt freilich schnell auf den legitimen Einwand, es handele sich hierbei um ein Paradoxon.¹⁵¹ Das Recht hierauf ließe den Rechtsverstoß entfallen.¹⁵² Hiermit kann die Diskussion nicht beendet werden. Die Auflösung des Paradoxons verläuft darüber, dass es vielmehr um die *Freiheit* zum Rechtsverstoß geht, die bestehen bleiben muss, statt um ein Recht zum Rechtsverstoß.¹⁵³ Hinsichtlich dieser faktischen Freiheit bestehe nach *Rademacher* eine „normative[] Erwartung“.¹⁵⁴ Im Folgenden wird daher aus rechts-

¹⁵⁰ Kuhlmann, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 117 (123 f.); Paschke, MMR 2019, 563 (567 f.); Rademacher, JZ 2019, 702 (707 ff.); Rademacher, AöR 2017, 366 (398); Rich, Harvard Journal of Law & Public Policy 2013, 795 (809 ff.). Bei Rich diskutiert unter der Wendung „freedom to commit crime“.

¹⁵¹ Heckmann, in: Alexy, Juristische Grundlagenforschung, 2005, S. 183 (195); Rademacher, JZ 2019, 702 (707).

¹⁵² Rademacher, JZ 2019, 702 (707).

¹⁵³ Becker, ZUM 2019, 636 (648); Heckmann, in: Alexy, Juristische Grundlagenforschung, 2005, S. 183 (195).

¹⁵⁴ Rademacher, JZ 2019, 702 (708).

theoretischer Perspektive beleuchtet, welche Rolle die faktisch bestehende Freiheit zum Rechtsverstoß im Recht einnimmt. Betrachtet wird dabei die Bedeutung der Möglichkeit zum Rechtsverstoß für die Akzeptanz der Rechtsnorm (1.), die Funktion der Ebene der Rechtsdurchsetzung für einen angemessenen Interessenausgleich (2.) sowie der Rechtsverstoß als Antrieb für Rechtsfortbildung (3.).

1. Akzeptanz der Rechtsnorm

Die im Recht bestehende faktische Freiheit zum Rechtsverstoß soll nicht um ihrer selbst willen existieren. Vielmehr geht es darum, dass die Freiheit einer Entscheidung *für* das rechtmäßige Handeln bestehen soll.¹⁵⁵ Dies ist konstitutiv für die Akzeptanz und damit die innere Geltung einer Rechtsnorm. In einer begrifflichen Annäherung an Akzeptanz nimmt *Lucke* eine Charakterisierung von Akzeptanz aus soziologischer Sicht vor.¹⁵⁶ Von den zehn Charakteristika, die sie ausführt, sollen drei, die an dieser Stelle weiterführen, hervorgehoben werden. *Lucke* sieht Akzeptanz zunächst durch eine aktive Komponente charakterisiert und grenzt sie hierdurch ab von einem „passiven Hinnehmen, Erdulden oder untätigen Zulassen“¹⁵⁷. Akzeptanz zeichnet sich demnach durch ein „bewusste[s] Annehmen[]“ und ein „Zu-eigen-Machen[]“¹⁵⁸ aus. Von Gehorsam grenzt *Lucke* die Akzeptanz ab über die Feststellung des Charakteristikums der inneren Überzeugung.¹⁵⁹ Zudem stellt sie fest, ein Erzwingen würde echte Akzeptanz zerstören.¹⁶⁰

Diese Charakterisierung entspricht der Feststellung in Bezug auf Rechtsnormen, dass diese ihren Adressaten die Möglichkeit geben müssen, sie aus Einsicht zu befolgen.¹⁶¹ Im Idealfall deckt sich das Rechtsempfinden des Individuums mit dem geschriebenen Recht, so dass das Recht eine „erwartungsstabilisierende Ergänzung zur Moral“¹⁶² darstellt und somit Akzeptanz erfährt. Die Akzeptanz von Rechtsnormen kann, wie oben bereits erwähnt, auf unterschiedliche Bezugspunkte gerichtet sein. In der Feststellung oder Forderung, dass Rechtsnormen ihren Adressaten die Möglichkeit geben müssen, sie aus Akzeptanz zu befolgen, liegt die Forderung „Rechtsnormen müssen aus Einsicht befolgt werden kön-

¹⁵⁵ *Paschke*, MMR 2019, 563 (567).

¹⁵⁶ *Lucke*, Akzeptanz, 1995, 87 ff.

¹⁵⁷ *Lucke*, Akzeptanz, 1995, 96.

¹⁵⁸ *Lucke*, Akzeptanz, 1995, 96.

¹⁵⁹ *Lucke*, Akzeptanz, 1995, 96.

¹⁶⁰ *Lucke*, Akzeptanz, 1995, 98.

¹⁶¹ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 155; *Paschke*, MMR 2019, 563 (567); *Hartzog et al.*, Mich. State Law Rev. 2015, 1763 (1777); *Hartzog et al.* sprechen hier von „our innate need to choose to obey“.

¹⁶² *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 151.

nen“¹⁶³. Diese notwendige Möglichkeit bezieht sich auf die prozedurale und die inhaltliche Ebene der Rechtsnorm.¹⁶⁴ Prozedural kann sich die Akzeptanz auf den formellen Prozess der Rechtsetzung, der die Norm hervorgebracht hat, beziehen.¹⁶⁵ Die rein prozedurale Absicherung reicht allerdings nicht aus, da so eine Mehrheit prozedural richtig, inhaltlich aber nicht vertretbares Recht zulasten einer Minderheit setzen könnte. Inhaltlich besteht daher die Notwendigkeit in der Rechtsnorm verkörperter Grundwerte, auf die sich Akzeptanz beziehen kann.¹⁶⁶ Ist Akzeptanz sowohl in Bezug auf den Rechtsetzungsprozess als auch in Bezug auf die in der Norm verkörperten Grundwerte gegeben, kann angenommen werden, dass die Akzeptanz unabhängig von der tatsächlichen Befolgung der Rechtsnorm im Einzelnen ist, da die Möglichkeit des Akzeptieren-Könnens allgemein und nicht auf das Individuum bezogen ist. Die Nichtbefolgung im Einzelfall bedeutet daher nicht automatisch die generelle Nichtakzeptanz der Rechtsnorm. Akzeptanz kann sowohl in Bezug auf den Rechtsetzungsprozess als auch in Bezug auf die in der Norm verkörperten Grundwerte gegeben sein, und dennoch die Norm in einem Einzelfall nicht befolgt werden. Weder auf individueller Ebene noch auf der Ebene der Allgemeinheit beeinträchtigt dies die Akzeptanz der Rechtsnorm, sofern kein Kippunkt der Nichtbefolgung erreicht wird, ab dem von einer allgemeinen Nichtbefolgung auf eine allgemeine Nichtakzeptanz geschlossen werden kann.

Gleichzeitig ist aber die Reflektion über die Frage der Befolgung der Norm für die Entstehung der Akzeptanz der Rechtsnorm essentiell. Die individuelle Auseinandersetzung mit einer Rechtsnorm findet auf zwei Ebenen statt.¹⁶⁷ Zum einen mittelbar über den politischen Prozess. Zum anderen unmittelbar in der Auseinandersetzung mit der Rechtsnorm über einen bewussten oder unbewussten Prozess der Deliberation über deren Befolgung.¹⁶⁸ Die letztere Ebene ist eine quasi dauerhafte Auseinandersetzung des Individuums mit dem Recht, welche jedem offen steht, unabhängig von bestehenden Hindernissen in der Teilhabe am politischen Prozess.¹⁶⁹

Das Befolgen der Norm aus Einsicht schließt stets die Möglichkeit der Nichtbefolgung bei fehlender Einsicht ein; dies jeweils verbunden mit der gesetzlich

¹⁶³ *Habermas*, Faktizität und Geltung, 1992, 154.

¹⁶⁴ *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, 168 ff.

¹⁶⁵ *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, 170 ff.

¹⁶⁶ *Latzel*, Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie, 2020, 179 f.

¹⁶⁷ *Felsner/Rendl*, in: Kipker/Kopp/Wiersbinski/Marschelke/Hamann/Weichold, Der normative Druck des Faktischen, 2019, S. 15 (31).

¹⁶⁸ *Felsner/Rendl*, in: Kipker/Kopp/Wiersbinski/Marschelke/Hamann/Weichold, Der normative Druck des Faktischen, 2019, S. 15 (31).

¹⁶⁹ *Felsner/Rendl*, in: Kipker/Kopp/Wiersbinski/Marschelke/Hamann/Weichold, Der normative Druck des Faktischen, 2019, S. 15 (31).

vorgesehenen Sanktion, welche bei einem Rechtsbruch in Kauf genommen werden muss.¹⁷⁰ Die Akzeptanz der Rechtsnorm setzt die Möglichkeit des Nichtakzeptierens der Rechtsnorm voraus.¹⁷¹ Eine bewusste Akzeptanz setzt die Eröffnung des Möglichkeitsraums über die tatsächliche Möglichkeit, die Norm nicht zu befolgen, voraus. Die faktische Unmöglichkeit, sich gegen die Befolgung der Norm zu entscheiden, führt dazu, dass keine aktive Entscheidung *für* die Norm stattfinden kann. Umgekehrt lässt die Nichteinhaltung der Norm deren normative Geltung aber unbeeinflusst.¹⁷² In der Nichtbefolgung realisiert sich gerade die Möglichkeit, diese nicht zu akzeptieren. Teilweise kann der Verstoß gegen eine Regel sogar sinnvoll sein, was *Luhmann* als „brauchbare Illegalität“ bezeichnet.¹⁷³ Die Möglichkeit des Rechtsverstoßes kann gar als ein normatives Element des Rechts gesehen werden, Recht setzt in gewisser Weise den Verstoß voraus. So führt *Bryde* treffend aus:

„Dabei sollte man sich schnell darauf verständigen können, daß es vollständig effektives Recht nicht nur in der Empirie nicht gibt, sondern theoretisch gar nicht geben kann: Recht ist immer auf kontingentes Verhalten ausgerichtet, hat seinen Grund darin, daß Menschen auch anders handeln können, keine Gesellschaft würde sich die Mühe machen, Normen aufzustellen, die nie gebrochen werden [...]“.¹⁷⁴

Nach der Datenethikkommission sind „viele Gesetze ursprünglich nicht für einen Totalvollzug erlassen worden.“¹⁷⁵ Dies unterscheidet sie von sozialen Normen, deren Existenz nach *Popitz* durch die Sanktion bei Abweichung bedingt ist.¹⁷⁶ Für Rechtsnormen ist die Unmöglichkeit des Rechtsverstoßes dementsprechend ein Faktor, der deren Akzeptanz und damit deren innere Geltung stören kann.¹⁷⁷ Im Gegensatz dazu kann die Abweichung von der Rechtsnorm, selbst wenn sie nicht sanktioniert wird, als dem Rechtssystem inhärent gesehen wer-

¹⁷⁰ *Paschke*, MMR 2019, 563 (567).

¹⁷¹ Hierzu auch *Felsner/Rendl*, in: Kipker/Kopp/Wiersbinski/Marschelke/Hamann/Weichold, *Der normative Druck des Faktischen*, 2019, S. 15 (21); *Brownsword*, *SCRIPT-ed* 2006, 15 (27). *Rouvroy*, in: Hildebrandt/Vries, *Privacy, Due Process and the Computational Turn*, 2013, S. 143 (154) geht hierüber noch hinaus und sieht durch die Unmöglichkeit des Rechtsverstoßes nicht nur die Akzeptanz der Rechtsnorm gefährdet, sondern die Subjektqualität des Menschen.

¹⁷² *Bryde*, *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, 1993, 5.

¹⁷³ *Luhmann*, *Funktion und Folgen formaler Organisation*, 1976, 304; hierzu auch *Hoffmann-Riem*, *AöR* 2017, 1 (34).

¹⁷⁴ *Bryde*, *Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem*, 1993, 9. Kontingenz bedeutet nach *Luhmann*, *Rechtssoziologie*, 1983, 31 „praktisch Enttäuschungsgefahr und Notwendigkeit des Sicheinlassens auf Risiken“.

¹⁷⁵ *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 217.

¹⁷⁶ *Popitz*, *Archiv. europ. sociol.* 1961, 185 (193).

¹⁷⁷ Hierzu *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 217: „So können sich

den. Rechtsnormen sind gerade kein „Mittel zum Zweck“, „gehört doch die Möglichkeit, von der Norm abzuweichen, zu ihren praktisch folgenreichsten Eigenschaften.“¹⁷⁸

2. Durchsetzungsebene als Notwendigkeit eines angemessenen Interessenausgleichs

Nachdem festgestellt wurde, dass die Möglichkeit der Abweichung von Rechtsnormen dem Rechtssystem inhärent ist, kann weiter gefolgert werden, dass eine vollständige Durchsetzung einer Rechtsnorm deren Gehalt ändert, indem sie die Ebene der Durchsetzung als zweite Ebene des Interessenausgleichs entfallen lässt. Das „Rechtsprodukt“, wie *Hofmann* es nennt, verändert sich hierdurch.¹⁷⁹ Eine strenge Durchsetzung erweitert faktisch den Gehalt der Norm.¹⁸⁰ Ohne die Ebene des Interessenausgleichs erfasst der Anwendungsbereich der Norm sämtliche darunter subsumierbare Fälle. Aus dem oben diesbezüglich erörterten Rechtsstaatsprinzip folgt eine notwendige Differenzierung zwischen der Ebene des materiellen Rechts und der Rechtsdurchsetzung.¹⁸¹ Rechtsstaatlich geboten ist eben nicht eine maximale Rechtsdurchsetzung, sondern ein interessengerechtes Zusammenspiel von materiellem Recht und dessen Durchsetzung.¹⁸² Ziel des Privatrechts ist der Interessenausgleich.¹⁸³ Ein angemessener Interessenausgleich kann nicht nur im materiellen Recht stattfinden, sondern auch auf der Durchsetzungsebene.¹⁸⁴

Zwar sprechen auch gute Argumente für die Annahme, dass die Aufgabe des Parlaments darin liegt, die materiellen Rechtsnormen derart auszugestalten, dass die vollständige Durchsetzung dieser interessengerecht ist. Im Beispiel des Urheberrechts kann so argumentiert werden, dass das EU-Parlament sich über die DSM-RL hinsichtlich bestimmter urheberrechtlicher Ausschließlichkeitsrechte eben auf eine maximale Durchsetzung geeinigt hat. Es könnte also angenommen werden, dass die Debatte auf der falschen Ebene geführt wird, wenn die Problematik der vollständigen Durchsetzung von Rechtsnormen diskutiert wird. Vielmehr, so kann argumentiert werden, muss – gerade im Urheberrecht – über die

Bürger durch eine perfektionierte Vollzugspraxis unter einen Generalverdacht gestellt sehen, unter dem der allgemeine Normbefolgungswille leidet [sic].“

¹⁷⁸ Möllers, Die Möglichkeit der Normen, 2018, 18.

¹⁷⁹ Hofmann, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 125 (140).

¹⁸⁰ Hofmann, GRUR 2018, 21 (22).

¹⁸¹ Wischmeyer, Steuerung durch Technik, Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 02.12.2019.

¹⁸² Hofmann, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 125 (132).

¹⁸³ Hellgardt, Regulierung und Privatrecht, 2016, 282 ff.

¹⁸⁴ Hofmann, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 125 (137).

materiell-rechtlichen Normen diskutiert werden und dies, dem demokratischen Gesetzgebungsverfahren entsprechend, auf Ebene der Parlamente geklärt werden, da eben der demokratische Wert der Einigung auf eine möglichst effektive (auch technische) Durchsetzung des Urheberrechts anzuerkennen ist.

Dieser Argumentationslinie kann aber nicht gefolgt werden. Eine Ausgestaltung materiell-rechtlicher Rechtsnormen, die eine zweite Ebene der Durchsetzung de facto entfallen lassen, kann nicht interessengerecht sein. Stammt die durchgesetzte Rechtsnorm aus einer Zeit, in der die Möglichkeit der technischen Durchsetzung im Digitalen nicht einkalkuliert wurde, so kann dieses Argument ohnehin nicht greifen. Gerade im Urheberrecht bestehen viele Grauzonen, in denen Einzelfallentscheidungen notwendig werden.¹⁸⁵ Besondere Relevanz haben diese vor dem Hintergrund, dass vielfach eine Abwägung mit Grundrechten, insbesondere der Kunstfreiheit und der Meinungsfreiheit, stattfinden muss. Die Konzeption einer materiell-rechtlichen Rechtsnorm, die eine solche Einzelfallabwägung entfallen lässt, ist kaum zu konturieren, sind die Fragestellungen doch häufig selbst für Gerichte schwer zu klären.¹⁸⁶ Dementsprechend muss eine kritische Betrachtung jeder demokratischen Einigung über eine technische Durchsetzung von Rechtsnormen stattfinden.¹⁸⁷

Ein Aspekt des Interessenausgleichs ist auch die Last, einen bestehenden Anspruch aktiv geltend zu machen. Diese wird durch eine ex ante-Durchsetzung umgedreht. Gerichte sind durch den Einsatz effektiver Rechtsdurchsetzungsmechanismen nicht mehr nötig, um einen Anspruch durchzusetzen. Gleichzeitig findet keine der Durchsetzung vorausgehende gerichtliche Überprüfung statt.¹⁸⁸ Umgekehrt müssen Nutzer sich an Gerichte wenden, um bestehende Befugnisse geltend zu machen.¹⁸⁹ Damit geht eine Umkehrung von Beweislast und Prozessrisiko einher.¹⁹⁰ Auch dies müsste bereits in dem durch die materiell-rechtliche Rechtsnorm geschaffenen Ausgleich berücksichtigt sein. Die Bedeutung der Durchsetzungsebene als eigenständige Wertungsebene, die auch auf das materielle Recht zurückwirkt, wird verkannt, wenn diese nur als effizienter Vollzug materiellen Rechts gesehen wird, den es zu maximieren gilt.

¹⁸⁵ *Becker*, ZUM 2019, 636 (642). *Becker* spricht sogar von „absichtlich nicht klar geregelt[en]“ Konstellationen im „digitale[n] Urheberrecht“.

¹⁸⁶ Siehe hierzu nur den über mehr als 20 Jahre andauernden Rechtsstreit „Metall auf Metall“, zuletzt BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, NJW 2020, 3248.

¹⁸⁷ Wobei zu beachten ist, dass nach dem aktuellen technischen Stand gerade noch nicht von einer vollständigen Rechtsdurchsetzung durch Technologie ausgegangen werden kann. Vielmehr geht es um eine normative Untersuchung dessen, ob eine solche stattfinden *sollte*.

¹⁸⁸ *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag?, 2015, 23 f. Dort in Bezug auf DRMS, die durch die Rechteinhaber selbst eingesetzt werden.

¹⁸⁹ *Specht*, GRUR 2019, 253 (259). Auch hier in Bezug auf DRMS.

¹⁹⁰ Hierzu ausführlich *Becker*, ZUM 2019, 636 (640 f.).

3. Rechtsverstoß als Antrieb für Rechtsfortbildung

Der Verstoß gegen eine Rechtsnorm und der sich hieraus ergebende rechtliche Konflikt bieten stets auch die Möglichkeit der Rechtsfortbildung. Diese ist im Rechtsstaat Aufgabe der Gerichte.¹⁹¹ Wenn durch die Architektur der digitalen Sphäre geformte Strukturen zur Durchsetzung von Regeln abweichendes Verhalten unmöglich machen, schließen sie ein Herantragen des juristischen Konflikts an die Gerichtsbarkeit und damit eine richterliche Entscheidung aus.¹⁹² Gerichtsentscheidungen spiegeln aber häufig aktuelle gesellschaftliche Debatten wider oder stoßen diese an. Um diese anzustoßen, ist zunächst der Rechtsverstoß notwendig. In der Kriminologie hat *Durkheim* die nützliche Rolle von Verbrechen herausgestellt; dieses bereite Veränderungen teilweise vor.¹⁹³ Oft sei Verbrechen eine „Antizipation der zukünftigen Moral“¹⁹⁴. Dem ist dann zuzustimmen, wenn der Verstoß gegen die Rechtsnorm aufgrund einer Diskrepanz zwischen einer Rechtsnorm und tatsächlichen gesellschaftlichen Gegebenheiten stattfindet und die Rechtsnorm aus diesem Grund keine gesellschaftliche Akzeptanz mehr erfahren kann.¹⁹⁵ Im Rahmen der richterlichen Freiheit besteht dann, soweit dies vom Wortlaut der Norm gedeckt ist, die Möglichkeit der Auslegung im Sinne eines gewandelten gesellschaftlichen Selbstverständnisses.¹⁹⁶ Auf diese Weise hat sich beispielsweise das allgemeine Persönlichkeitsrecht über richterliche Rechtsfortbildung entwickelt.¹⁹⁷ Kann eine Anpassung über Auslegung nicht stattfinden, so kann der Rechtsstreit zur Kenntnismahme des Parlaments von der Diskrepanz zwischen Recht und gesellschaftlicher Realität in einem bestimmten Fall führen und in der Folge eine Gesetzesänderung initiiert werden.¹⁹⁸ In der

¹⁹¹ BVerfG, Beschluss v. 31.10.2016 – 1 BvR 871/13, 1 BvR 1833/13, NVwZ 2017, 617 (Rn. 19); *Jachmann-Michel*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 95, Rn. 13.

¹⁹² *Becker*, ZUM 2019, 636 (642); *Hartzog et al.*, Mich. State Law Rev. 2015, 1763 (1777); *Yeung*, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series 2015-27, 1 (14).

¹⁹³ *Durkheim*, in: Klimke/Legnaro, Kriminologische Grundagentexte, 2016, S. 25 (31).

¹⁹⁴ *Durkheim*, in: Klimke/Legnaro, Kriminologische Grundagentexte, 2016, S. 25 (30).

¹⁹⁵ Ähnlichkeit besteht zu der Debatte um zivilen Ungehorsam. Hierzu statt vieler *Schieder*, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam, 2018, 193 ff. Zu dem Auseinanderfallen von „Gesetzestext und Rechtsrealität“ im Urheberrecht *Metzger*, ZUM 2018, 233 (240).

¹⁹⁶ BVerfG, Beschluss v. 31.10.2016 – 1 BvR 871/13, 1 BvR 1833/13, NVwZ 2017, 617 (Rn. 19); *Bernzen/Kehrberger*, Rechtswissenschaft 2019, 374 (397).

¹⁹⁷ *Martini*, JA 2009, 839; Grundlegend hier die „Herrenreiter“-Entscheidung des BGH, Ur. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408.

¹⁹⁸ Vgl. die Verurteilung einer Ärztin wegen unerlaubter Werbung für Schwangerschaftsabbrüche durch das AG Gießen, Ur. v. 24.11.2017 – 507 Ds 501 Js 15031/15, NstZ 2018, 416 und die Verwerfung der Berufung durch das LG Gießen, Ur. v. 12.10.2018 – 3 Ns 406 Js 15031/15, NJW-Spezial 2019, 26, die darauffolgende gesellschaftliche Debatte sowie die Änderung des

Gesetzgebung wurde zum Beispiel die Ausgestaltung der Urheberrechtsschranke für Privatkopien basierend auf vorangegangener Rechtsprechung¹⁹⁹ an veränderte technische Möglichkeiten angepasst.²⁰⁰

Das Recht lässt teilweise bewusst gewisse Unschärfen,²⁰¹ um Veränderungen abbilden zu können. Der Einsatz von Technologie zur Rechtsdurchsetzung ist besonders problematisch in diesen unscharfen Bereichen.²⁰² Die Flexibilität des Rechts ergibt sich aber teilweise gerade aus dem „artifice of the outlaw“ – dem Rechtsverstoß.²⁰³ Die Automatisierung der Durchsetzung von Regeln führt zwangsweise zu Inflexibilität in deren Befolgung. Einen Rechtsverstoß unmöglich zu machen, würde eine Anerkennung gesellschaftlicher Veränderungen durch das Recht im Wege der Rechtsfortbildung erschweren.²⁰⁴ Bei dem gleichzeitigen Wegfall, oder zumindest einer Verminderung der Möglichkeiten zur Auslegung unscharfer Rechtsbegriffe durch Gerichte in der Rechtsanwendung, kann dies zu einem Erstarren des Rechts führen.

V. Zwischenergebnis

Basierend auf den Unterschieden in der Steuerungswirkung von Recht und Technologie konnte in dem Kapitel festgestellt werden, dass der Rechtsverstoß zwar bei der Rechtsetzung gewissermaßen mitgedacht wurde – die Setzung einer Rechtsfolge für eine Rechtsnorm wäre sonst überflüssig – die Verankerung im Rechtssystem jedoch Probleme aufwirft. Eine im Recht bestehende faktische Freiheit zum Rechtsverstoß kann kaum dogmatisch im Rechtssystem verortet werden. Fruchtbar gemacht werden kann das Rechtsstaatsprinzip, welches im Negativen keine vollständige Rechtsdurchsetzung verlangt, sondern eine Zwischenebene zwischen Rechtsverstoß und Rechtsfolge fordert. Eine positiv gewendete Freiheit zum Rechtsverstoß kann hier aber auch nicht verankert werden.

entsprechenden § 219a StGB. Nach der Gesetzesänderung hat das OLG Frankfurt a. M., Beschluss v. 26.06.2019 – 1 Ss 15/19, NJW-Spezial 2019, 537 an das LG zurück verwiesen.

¹⁹⁹ BGH, Urt. v. 18.05.1955 – I ZR 8/54, GRUR, 492 (495).

²⁰⁰ Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, § 53, Rn. 2; Grübler, in: Ahlberg/Götting, BeckOK Urheberrecht, § 53, Rn. 2.

²⁰¹ Hartzog et al., Mich. State Law Rev. 2015, 1763 (1796). Dort heißt es: „indeterminacy and inefficiency are necessary and desirable components of any automated law enforcement process, not weaknesses in the system.“

²⁰² Becker, ZUM 2019, 636 (645).

²⁰³ Zittrain, in: Brownsword/Yeung, Regulating Technologies, 2008, S. 125 (133).

²⁰⁴ Wenngleich nicht unmöglich machen, da Kontestabilität auch auf anderen Ebenen geschaffen werden kann als über den Rechtsverstoß. So kann zum Beispiel stets gegen eine Rechtsnorm demonstriert werden.

Aus einer Wohlfahrtsperspektive führt eine Gegenüberstellung der Kosten und der Nutzen des Ausschlusses von deviantem Verhalten durch den Einsatz rechtsdurchsetzender Technologie zu keinem verallgemeinerbaren Ergebnis.

Festhalten lässt sich, dass es (bislang) „eine *faktische* Freiheit zum Rechtsverstoß“²⁰⁵ gibt und dass diese faktische Freiheit aus rechtstheoretischer Perspektive ein elementarer Bestandteil des Rechts ist. Zum einen ist sie konstitutiv für die Akzeptanz der Rechtsnorm, zum anderen schafft die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgende Durchsetzungsebene die Grundlage für einen angemessenen Interessenausgleich in der Anwendung der Rechtsnorm, welche wiederum auf den materiellen Gehalt der Rechtsnorm zurückwirkt. Nicht zuletzt spielt der Rechtsverstoß auch eine Rolle in der Rechtsfortbildung, indem vor Gericht getragene Rechtsstreitigkeiten im Wege der richterlichen Auslegung zu einer dynamischen Entwicklung und Anpassung des Rechts an veränderte gesellschaftliche Gegebenheiten führen können.

Wird Freiheit im rechtlichen Sinn als auch deren Vorbedingungen umfassend gesehen, sie also nicht im Sinne eines Status negativus definiert,²⁰⁶ sondern als Verfassungsprinzip einer durch den Staat geschaffenen Freiheitssphäre,²⁰⁷ so kann als Aufgabe für die Rechtswissenschaft gesehen werden, bisher im Recht praktisch bestehende Freiräume herauszuarbeiten und klarer zu definieren und zu umgrenzen.²⁰⁸ Gleichzeitig ist eine solche rechtliche Absicherung unabhängig von dem dogmatischen Rahmen aber vielleicht gar nicht handhabbar. Würden faktische Freiheiten in einen rechtlichen Rahmen gegossen, so würde wiederum eine normative Wertung in die konkrete Ausgestaltung der Freiheit eingehen. Der Verstoß wäre also nur innerhalb des durch das Recht gesteckten Spielraums, der technisch formalisiert wird, möglich. Entscheidend ist daher, dass das Recht Rahmenbedingungen für Rechtsdurchsetzung durch Technologie findet, die gerade die Aspekte schützen, die durch einen vollständigen Vollzug gefährdet sind. Nach Rademacher muss „Vollzugsdefiziten [...] ein rechtlicher Eigenwert zugeschrieben werden“.²⁰⁹

²⁰⁵ Rademacher, JZ 2019, 702 (708).

²⁰⁶ Hierzu ausführlich Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2011, 87.

²⁰⁷ Grabitz, Freiheit und Verfassungsrecht, 1976, 6, 243.

²⁰⁸ Rademacher, JZ 2019, 702 (709).

²⁰⁹ Rademacher, JZ 2019, 702 (709).

Zweiter Teil:

Beispiel Filtertechnologien im Urheberrecht

Kapitel 3:

Filtertechnologien im Urheberrecht als Ausprägung automatisierter Rechtsdurchsetzung

Filtertechnologien im Urheberrecht dienen in der hiesigen Betrachtung als Anschauungsgegenstand automatisierter Rechtsdurchsetzung. Zunächst findet daher eine begriffliche Klärung der im Kontext des Einsatzes von Filtertechnologien relevanten Parteien statt (I.). Im Folgenden werden die technischen Grundlagen von Filtertechnologien, soweit dies für die weitere Betrachtung von Relevanz ist, ausgeleuchtet (II.), um darauf aufbauend auf die Grenzen von Filtertechnologien nach dem aktuellen Stand der Technik einzugehen (III.).

I. Begriffliche Klärung der im Kontext des Einsatzes von Filtertechnologien relevanten Parteien

Filtertechnologien werden in dem Dreiecksverhältnis zwischen Diensteanbietern, welche Plattformen betreiben (1.), Rechteinhabern (2.) und Nutzern (3.) eingesetzt.¹ Im Folgenden werden diese die ganze Arbeit durchziehenden Begriffe ausgeführt.

1. Diensteanbieter und Plattformen

Die Verwendung der Begrifflichkeit Plattform muss ausgeführt und in Relation zu dem Begriff Diensteanbieter beziehungsweise Plattformbetreiber gestellt werden. In der Diskussion um die in Frage stehenden Dienste und Akteure ist die Bezeichnung als Plattform allgegenwärtig. Zu kurz kommt häufig die durchaus bedeutende Differenzierung zwischen der technischen Infrastruktur und deren Betreiber. Die sogenannten Plattformen stellen einen Dienst mit der dafür erforder-

¹ Auf das Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern wird in Kapitel 4, I. 1. eingegangen, auf das Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern und Nutzern in Kapitel 4, I. 2. und auf das zwischen Nutzern und Rechteinhabern in Kapitel 4, I. 3. Der Einsatz von Filtertechnologien ist eng verknüpft mit dem Haftungsregime für Plattformbetreiber – hierauf wird in Kapitel 4, III. eingegangen.

derlichen technischen Infrastruktur dar. Betrieben werden diese in der Regel von einer juristischen Person, einem Diensteanbieter. Dementsprechend sind die Betreiber auch begrifflich klar von der technischen Infrastruktur abzugrenzen.

Die Begriffe Diensteanbieter und Plattformbetreiber können im hiesigen Kontext weitestgehend synonym verwendet werden. Die DSM-RL definiert Diensteanbieter in Art. 2 Nr. 6 als

„Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bei dem der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen [...]“.

In § 2 UrhDaG sind Diensteanbieter sinngemäß gleich definiert mit dem Zusatz, dass sie „mit Online-Inhaltendiensten um dieselben Zielgruppen konkurrieren“.

Aus dieser Definition ergibt sich implizit auch eine Definition von Plattform, nämlich als Dienst der Informationsgesellschaft, wobei die DSM-RL hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches nach dem Zweck der Plattform einschränkt. Die Verwendung der spezifischen Bezeichnung Plattform ist zwar verbreitet, doch nicht einheitlich definiert und auch nicht gänzlich unproblematisch. Diensteanbieter benennen ihre Dienste oft selbst als Plattformen; so im Beispiel von Facebook oder YouTube. In den Nutzungsbedingungen von YouTube wird der Begriff Plattform genutzt.² Die Nutzung des Begriffs erfolgt unter anderem in dem Zusammenhang „[v]ielen Dank, dass Sie die YouTube-Plattform [...] verwenden“.³ In den sogenannten Gemeinschaftsstandards von Facebook heißt es: „[...] jegliche Art von Missbrauch [soll] von unserer Plattform“⁴ ferngehalten werden.

Die Bezeichnung als „Plattform“ verbildlicht die Idee einer Ebene, die zur Verfügung steht, damit Dritte auf dieser Grundlage frei agieren können. Der Begriff steht dabei metaphorisch für Neutralität und Passivität.⁵ Gillespie führt hierzu aus:

„[c]alling themselves platforms promised users an open playing field for free and unencumbered participation, promised advertisers a wide space in which to link their products to popular content, and promised regulators that they were a fair and impartial conduit for user activity, needing further regulation.“⁶

Die metaphorische Benennung stellt die Tatsache in den Hintergrund, dass die Betreiber dieser technischen Infrastrukturen ökonomische, unternehmerische und auch politische Ziele verfolgen.⁷ Diese Ziele spiegeln sich in der Architektur

² <https://www.youtube.com/static?gl=DE&template=terms&hl=de>.

³ <https://www.youtube.com/static?gl=DE&template=terms&hl=de>.

⁴ <https://www.facebook.com/communitystandards/introduction>.

⁵ Gillespie, <https://www.hiig.de/die-plattform-metapher-revisited/>.

⁶ Gillespie, <https://www.hiig.de/die-plattform-metapher-revisited/>.

⁷ Gillespie, *New Media & Society* 2010, 1 (10); Schweitzer, *ZEuP* 2019, 1 (4). Zu ökonomischen

der technischen Infrastruktur wieder. So in etwa durch Eingriffe in die Auffindbarkeit oder eben der Filterung bestimmter Inhalte.⁸ Die durch Konzerne betriebene technische Infrastruktur als neutrale Plattform zu beschreiben, kann somit wesentliche Aspekte verschleiern⁹ und die Betreiber in den Hintergrund treten lassen.

Dennoch ist die Verwendung des Begriffs der Plattform nicht nur alltags-sprachlich, sondern auch im juristischen Sprachgebrauch üblich. Für den hiesigen Zusammenhang von wenig Relevanz, doch unterstreichend, dass der Plattformbegriff in verschiedenen Zusammenhängen jeweils unterschiedlich definiert wird, sei zunächst kurz die kartellrechtliche Definition des Plattformbegriffs erwähnt. Nach der Definition des Bundeskartellamts sind Plattformen „Unternehmen [...], die als Intermediäre die direkte Interaktion zweier oder mehr Nutzer-seiten, zwischen denen indirekte Netzwerkeffekte bestehen, ermöglichen“.¹⁰

In § 1 NetzDG werden soziale Netzwerke definiert als „Plattformen im Internet [...], die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen“. Als Plattform wird hier also die technische Infrastruktur sozialer Netzwerke benannt (während der Anbieter derselben als Telemediendiensteanbieter oder Diensteanbieter benannt wird). So definieren auch *van Dijck et al.* Online-Plattformen als „a programmable digital architecture designed to organize interactions between users [...]“.¹¹

In der Rechtsprechung wird der Begriff der Plattform genau wie im allgemeinen Sprachgebrauch zwar nicht näher definiert, doch zum Beispiel für YouTube verwendet, so der BGH im YouTube Vorlagebeschluss: „YouTube LLC, betreibt die Internetplattform YouTube“¹². Es liegt daher auch ein Verständnis der Rechtsprechung nahe, das dem der Definition von *van Dijck et al.* weitestgehend entspricht.

Plattformen können in unterschiedliche Kategorien eingeteilt werden. Unterschieden werden kann zwischen Plattformen, die den Austausch zwischen Personen auf unterschiedliche Art ermöglichen oder Käufer und Verkäufer verbinden und die Transaktion in vorgegebene Strukturen einbinden und solchen, die dem Speichern und zugänglich machen von durch Nutzer hochgeladenen Inhalten

mischen Aspekten auch *Uphues*, in: Hoeren/Sieber/Holz-nagel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 15.3 Big Data in Online-Medien und auf Plattformen, Rn. 7.

⁸ *Gillespie*, *New Media & Society* 2010, 1 (12 f.).

⁹ *Gillespie*, <https://www.hiig.de/die-plattform-metapher-revisited/>; *Schiff*, *Informations-intermediäre*, 2021, 138 f.

¹⁰ *BKartA*, Arbeitspapier Marktmacht von Plattformen und Netzwerken, 14.

¹¹ *Dijck/Poell/Waal*, *The platform society*, 2018, 4. So auch nach der Definition von *Engert*, *AcP* 2018, 304 (305) wonach „[v]on einer Plattform [...] zu verlangen [ist], dass sie Interaktion zwischen ihren Nutzern ermöglicht oder erleichtert“.

¹² BGH, Beschluss v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132 (Rn. 1).

dienen. Für die vorliegende Arbeit relevant sind zum einen letztere, zum anderen solche, die unterschiedliche Funktions- und Nutzungsweisen ermöglichen und somit auch digitale Dienste, primär aber digitale Inhalte, bieten (wie dies nach der Definition des NetzDG bei sozialen Netzwerken der Fall ist). Im Ergebnis nimmt die Arbeit vor allem, aber nicht ausschließlich, die Plattformen in den Blick, welche von Diensteanbietern im Sinne des Art. 2 Nr. 6 der DSM-RL beziehungsweise des § 2 UrhDaG betrieben werden.

2. Rechteinhaber

Rechteinhaber können die Urheber selbst, Tonträger-Konzerne oder andere Akteure, denen Rechte abgetreten wurden oder Leistungsschutzrechteinhaber, in der Regel die Tonträgerhersteller, sein. Die Nutzungsrechte an Werken können auch an Verwertungsgesellschaften, wie für Musik die Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA), abgetreten worden sein. Diese nimmt dann die Rechte für die Urheber wahr, indem sie die Gebühren für die Nutzung der Werke ihrer Mitglieder von Nutzern einnimmt und diese dann an ihre Mitglieder ausschüttet. Nach § 63a Abs. 1 UrhG kann der urheberrechtliche Vergütungsanspruch nur an eine Verwertungsgesellschaft im Voraus abgetreten werden.

Das Auseinanderfallen von Urhebern und Inhabern der urheberrechtlichen Nutzungsrechte kann teilweise problematisch sein. Insbesondere dann, wenn Tonträger-Konzerne die Rechte innehaben, sieht die Forderung eines stärkeren Urheberrechtsschutzes sich der Kritik ausgesetzt, ein stärkerer urheberrechtlicher Schutz käme nicht unbedingt den Kreativen zugute, sondern der Musikindustrie.

Die Abgrenzung zwischen Urheber und Nutzer kann ebenfalls nicht immer eindeutig stattfinden. Zum Beispiel sind bei der Nutzung von Samples¹³ oder bei Remixen¹⁴ die Übergänge zwischen Nutzer und Urheber fließend.

3. Plattformnutzer

Nutzer von Plattformen können grob nach vier Kriterien unterteilt werden. Die Unterteilung gliedert sich in Nutzer, die sich als Verbraucher auf der Plattform bewegen und solchen, die die Plattform zu gewerblichen Zwecken nutzen. Zu-

¹³ Zu Sampling zum Beispiel: *Beaucamp/Schrör*, in: Schrör/Fischer/Beaucamp/Hondros, Tipping Points, 2020, S. 175 (176 f.); *Hondros*, in: Schrör/Fischer/Beaucamp/Hondros, Tipping Points, 2020, S. 155 (160).

¹⁴ Zu Remixen zum Beispiel: *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 6 f.

dem ist zwischen aktiven Nutzern, die Inhalte bereitstellen, und passiven Nutzern, die Inhalte lediglich konsumieren, zu differenzieren.

Ein Großteil der Nutzung sozialer Netzwerke erfolgt zu rein privaten Zwecken.¹⁵ Hierauf soll auch der Fokus der Betrachtung liegen.

Aktive, Inhalte bereitstellende Nutzer können wiederum differenziert werden in solche, die selbst Inhalte erstellen und auf die Plattform hochladen und solchen, die Inhalte von Dritten hochladen. Diejenigen, die selbst Inhalte erstellen sind, sofern ihre Inhalte Werkqualität haben, selbst Urheber und damit Rechteinhaber, wobei auch deren Werke Teile der Werke anderer Rechteinhaber enthalten können, wie dies zum Beispiel bei Musiksampling und Remixen häufig vorkommt. Bei dieser Nutzergruppe ergeben sich teilweise auch Schwierigkeiten der eindeutigen Zuordnung zu gewerblichem oder nicht gewerblichem Handeln.¹⁶ Aktive, Inhalte bereitstellende Nutzer sind unmittelbar betroffen von technischen Infrastrukturen, die bestimmte Handlungen ermöglichen oder verhindern. Daher sind diese für die hiesige Betrachtung von besonderem Interesse.

Konsumierende, passive Nutzer sind mittelbar von technischen Infrastrukturen, die bestimmte Handlungen der aktiven Nutzer verhindern, betroffen. Sie können jeweils nur die Inhalte sehen, deren Zurverfügungstellung den aktiven Nutzern möglich ist.

II. Technische Grundlagen von Filtertechnologien zur Urheberrechtsdurchsetzung

Da der Fokus der Untersuchung größtenteils auf Filtersoftware, die zur Durchsetzung des Urheberrechts eingesetzt werden, als Anwendungsfall der automatisierten Durchsetzung von Regeln liegt, ist näher auf die technischen Grundlagen von Filtertechnologien einzugehen. Der Filterbegriff entbehrt, genau wie der Plattformbegriff, nicht einer gewissen Metaphorik, spielt der Begriff Filter doch auf Sauberkeit und Reinheit an.¹⁷ Im Folgenden wird insoweit auf deren technische Spezifika eingegangen, als dies für die vorliegende Arbeit, also insbesondere für die Grenzen der durch die Technologie gebotenen Möglichkeiten, von

¹⁵ Statista 2015, Umfrage zur beruflichen und privaten Nutzung sozialer Netzwerke, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/175664/umfrage/gruende-fuer-nutzung-von-social-networks-in-deutschland/>. Umfrage von Tomorrow Focus Media in Bezug auf das Jahr 2015. Hiernach geben 70,9 % der befragten Personen an, soziale Netzwerke ausschließlich privat zu nutzen.

¹⁶ *Beaucamp/Schrör*, in: *Schrör/Fischer/Beaucamp/Hondros*, Tipping Points, 2020, S. 175 (191 f.).

¹⁷ *McIntyre/Scott*, in: *Brownsword/Yeung*, Regulating Technologies, 2008, S. 109 (112).

Bedeutung ist. Zunächst gilt eine knappe Betrachtung der technischen Grundarchitektur von Filtertechnologien (1.), anschließend wird näher auf die unterschiedlichen Arten und Funktionsweisen eingegangen (2.). Zuletzt werden die Möglichkeiten der Umgehung betrachtet (3.).

1. Architekturen von Filtertechnologien

Die Grundarchitektur technischer Systeme lässt sich in nicht-lernende und lernende Systeme¹⁸ unterscheiden. Nicht-lernende Systeme folgen vorab klar festgelegten, explizit formalisierten Regeln. Jede Änderung der Regel findet explizit durch Programmierer statt. Lernende Systeme zeichnen sich dadurch aus, dass die Regel, nach der das System Inhalte als verletzend erkennen und blockieren soll, nicht von vornherein festgeschrieben ist. Der Algorithmus wird durch die Einspeisung von Daten gewissermaßen trainiert und verändert sich auf diese Weise mit jeder Eingabe neuer Daten. Der menschliche Eingriff liegt dabei in der Eingabe der Daten, der Algorithmus ändert sich automatisch. So werden zum Training vorsortierte, als solche kategorisierte zulässige sowie unzulässige Inhalte eingespeist, anhand derer das Programm Muster erstellen soll, die dann zur Filterung angewendet werden.¹⁹ Ziel ist, dass das System Korrelationen erkennt, die so vorher nicht oder nicht ohne weiteres erkannt wurden. Dies funktioniert in der Regel umso besser, je mehr Daten zum Training zur Verfügung standen. Die Funktionsweise ist damit ebenso wie bei Systemen, bei denen die Regel vorab festgeschrieben wird, syntaktisch.²⁰ Die Unterscheidung kann demensprechend auch als explizite und implizite Formalisierung benannt werden. In der Wirkung ergibt sich jeweils ein deterministisches System. Aus Perspektive des Nutzers stellt es kaum einen Unterschied dar, ob er sich einem nicht-lernenden oder einem lernenden Programm gegenübersteht. Der primäre Unterschied ist die Nachvollziehbarkeit und die Vorhersehbarkeit der Ergebnisse, zu denen die Technologie kommt. Willkürlich erscheinende Ergebnisse deuten auf den Einsatz eines lernenden Systems hin. Kennt der Nutzer aber bei einem nicht-lernenden System die zugrundeliegende Regel nicht, und für gewöhnlich kennt der Nutzer diese nicht, so kann er auch hier nicht vorhersehen, wie die Technologie funktionieren wird.

¹⁸ Gemeinhin auch als „künstliche Intelligenz“ oder „machine learning“ bezeichnet, wobei diese häufig sehr ungenau verwendeten und mit unterschiedlichen Agenden besetzten Begrifflichkeiten soweit möglich bewusst vermieden werden.

¹⁹ Hierzu grundlegend Ertel, Grundkurs Künstliche Intelligenz, 2016, 234 ff.

²⁰ Siehe hierzu das Chinese-Room-Argument von Searle, *The Behavioral and Brain Sciences* 1980, 417.

2. Arten und Funktionsweise von Filtertechnologien

Filtersoftware existieren als Wortfilter, die sich nur auf den jeweiligen Dateinamen beziehen und Inhaltsfilter, welche sich auf den tatsächlichen Inhalt der zu filternden Dateien beziehen und wiederum in Bildfilter, Audiofilter und Videofilter unterteilt werden können.

a) Wortfilter

Wortfilter filtern vorab festgelegte Begriffe. Hierbei wird eine Datenbank zu filternder Begriffe erstellt und durch eine Software findet ein Abgleich der zu filternden Dateien mit der Referenzdatenbank statt. Mithilfe von Operatoren der Logik können Begriffe kombiniert, als Alternativen geprüft oder auch ausgeschlossen werden.²¹ In der einfachsten Form wird nach dem Vorhandensein der genauen Suchbegriffe gefiltert.²² Andere Methoden können Beugungen erfassen, indem nur der Wortstamm als zu filtern eingestellt wird und die folgenden Buchstaben als Variablen markiert werden.²³ Nicht nur Texte, sondern auch Bild-, Musik- und Videodateien können über ihren Dateinamen anhand eines Wortfilters geprüft werden.²⁴ Dennoch sind Wortfilter alleine nicht sehr effizient hinsichtlich einer zuverlässigen Filterung nach urheberrechtsverletzenden Inhalten. Die Benennung einer Datei muss nicht unbedingt mit deren Inhalt im Zusammenhang stehen.²⁵ Wortfilter können somit sehr einfach umgangen werden.

b) Inhaltsfilter

Audio-, Bild- und Videofilter können unter der Überschrift der Inhaltsfilter zusammengefasst werden. Inhaltsfilter prüfen Bilder, Tonspuren und Videos, indem diesen ein mathematischer Wert zugeordnet wird, der dann über ein Computerprogramm abgeglichen und gefiltert wird.²⁶ Die Zuordnung des mathematischen Wertes kann über kryptografische Hash-Funktionen erfolgen. Ein Beispiel für eine kryptografische Hash-Funktion ist SHA2. Hash-basierte Systeme haben allerdings den Nachteil, dass kleinste Änderungen zu einem komplett anderen

²¹ Kastl, Automatisierung im Internet, 2016, 366; Lewandowski, Web Information Retrieval, 2005, 80 f.

²² Lewandowski, Web Information Retrieval, 2005, 80 f.

²³ ALMasri et al., in: Jaafar/Mohamad Ali/Azman Mohd Noah/Smeaton/Bruza/Abu Bakar/Nursuriati/Sembok, Information Retrieval Technology, 2014, S. 136 (138); Kastl, Automatisierung im Internet, 2016, 366.

²⁴ Kastl, Automatisierung im Internet, 2016, 368; Maier, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 151.

²⁵ Maier, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 151.

²⁶ Kastl, GRUR 2016, 671 (672).

Hashwert führen.²⁷ Dies bedeutet eine hohe Fehleranfälligkeit, da die Veränderung eines einzigen Bit in der Datei, für einen Zuhörer oder einen Betrachter nicht erkennbar, zu einem vollkommen andern Hashwert führt.²⁸ Diese Art von Filtersystemen stützt sich auf die informationelle Repräsentation (die syntaktische Ebene), lässt aber die inhaltliche Ebene (die Semantik der Daten) außer Acht. Auf kryptografischen Hash-Funktionen basierende Filtersysteme können dementsprechend sehr leicht umgangen werden. Eine Audiodatei wird beispielsweise nicht mehr erkannt, wenn zu Beginn oder am Ende ein paar Sekunden Stille hinzugefügt oder weggenommen werden oder wenn für das menschliche Ohr kaum hörbare Störgeräusche darunter gelegt werden, da diese Datei einen vollkommen anderen Hashwert ergibt als die Referenzdatei.²⁹ Bei dem Abgleich von Audiodateien mit Dateien einer Referenzdatenbank besteht dementsprechend die Herausforderung darin, dass Dateien, die sich gleich anhören, also semantisch gleich sind, sehr unterschiedliche syntaktische Repräsentationen besitzen können.³⁰ Auch bei Bildern spielen für die Wahrnehmung als das gleiche Bild bis zu einem gewissen Grad die Auflösung oder die Größe keine Rolle. Das Bild wird als gleich wahrgenommen, der Hashwert unterscheidet sich bei kryptografischem Hashing aber komplett. Daher sind kryptographische Hash-Funktionen nicht gut geeignet, um Audio-, Bild- oder Videodateien zu filtern.³¹ Entscheidend ist die Wahrnehmung des Inhalts, nicht die exakte Übereinstimmung der Dateien.

Zur Lösung dieses Problems soll in aktuellen Filtersystemen, wie zum Beispiel Audible Magic³² oder Content-ID³³, zur Filterung von Audio-, Bild- und Videodateien, sogenanntes fingerprinting beitragen.³⁴ Fingerprinting funktioniert über den Einsatz robuster Hash-Funktionen. Die Robustheit bezieht sich hier darauf, dass sehr ähnlich oder gleich wahrgenommene Inhalte einen ähn-

²⁷ *Fridrich/Goljan*, in: ITCC, International Conference on Information Technology, Coding and Computing, 2000, S. 178; *Haitsma/Kalker*, Journal of New Music Research 2003, 211 (212); *Seo et al.*, Signal Processing: Image Communication 2004, 325 (325f.); *Urban/Karaganis/Schofield*, Notice and Takedown in Everyday Practice, 2017, 57.

²⁸ *Cano et al.*, in: IEEE, Proceedings of 2002 IEEE Workshop on Multimedia Signal Processing, 2003, S. 169.

²⁹ *Urban/Karaganis/Schofield*, Notice and Takedown in Everyday Practice, 2017, 57.

³⁰ *Cano et al.*, in: IEEE, Proceedings of 2002 IEEE Workshop on Multimedia Signal Processing, 2003, S. 169.

³¹ *Martínez/Gérard/Cabot*, in: Wąsowski, Proceedings of the 21th ACM/IEEE International Conference on Model Driven Engineering Languages and Systems, 2018, S. 312 (313); *Seo et al.*, Signal Processing: Image Communication 2004, 325 (326).

³² <https://www.audiblemagic.com/company/>.

³³ <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=de>.

³⁴ *Urban/Karaganis/Schofield*, Notice and Takedown in Everyday Practice, 2017, 57.

lichen oder den gleichen fingerprint erzeugen und komplett unterschiedliche Inhalte auch komplett unterschiedliche fingerprints erzeugen.³⁵ Die Erstellung dieses robusten Hashwertes erfolgt bei Audio-, Bild- und Videodateien auf jeweils unterschiedliche Art und Weise.

Zur Erkennung von Audiodateien wird beispielsweise ein System eingesetzt, bei welchem ein sogenanntes Intervalgram gebildet wird.³⁶ Dieses wird von der Referenzdatei sowie von der zu prüfenden Audiodatei gebildet. Beide werden dann in einem Diagramm, einer sogenannten Heatmap, übereinandergelegt, wodurch der Grad der Übereinstimmung hervortritt.³⁷ Das OLG Hamburg ist hier allerdings skeptisch. Das OLG sieht es als zweifelhaft an, ob Software in der Lage sein kann, Rechtsverletzungen zu erkennen, die „sich vorhersehbaren Strukturmerkmalen entziehen“.³⁸

Video-fingerprinting folgt einer ähnlichen Struktur wie Audio-fingerprinting.³⁹ Zur Filterung von Videodateien wird ebenfalls ein digitaler Fingerabdruck erstellt. Dieser kann mittels verschiedener Charakteristika eines Videos erstellt werden: anhand der Helligkeit der Flächen einzelner Frames, der zeitlichen Zäsuren innerhalb eines Videos oder anhand der Verteilung von Flächen und Farben.⁴⁰ Eine besondere Herausforderung bei der Filterung von Videodateien liegt in der Größe der jeweiligen Dateien, weshalb besonders auf Effizienz der Filterung geachtet werden muss.⁴¹

Zur Filterung von Bilddateien wird der fingerprint über die Position einzelner Pixel und deren Graustufen wiederum in Form eines robusten Hashwertes gebildet.⁴²

Durch einen Abgleich des fingerprints der Datei mit den in einer Referenzdatenbank gespeicherten fingerprints können ähnliche Inhalte über die ähnlichen fingerprints erkannt werden.⁴³ Die Referenzdatenbank mit den fingerprints der

³⁵ *Fridrich/Goljan*, in: ITCC, International Conference on Information Technology, Coding and Computing, 2000, S. 178; *Seo et al.*, Signal Processing: Image Communication 2004, 325 (329).

³⁶ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 376; ausführlich zu der Bildung und Funktionsweise des Intervalgrams: *Walters/Ross/Lyon*, 9th International Symposium on Computer Music Modelling and Retrieval (CMMR 2012) 2012, 295.

³⁷ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 376.

³⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (357 f.).

³⁹ *Lu*, in: SPIE, Media Forensics and Security XI, 7254, 2009, S. 1 (11).

⁴⁰ *Lu*, in: SPIE, Media Forensics and Security XI, 7254, 2009, S. 1 (4 ff.).

⁴¹ *Lu*, in: SPIE, Media Forensics and Security XI, 7254, 2009, S. 1 (3).

⁴² *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 371 f.; *Kastl*, GRUR 2016, 671 (672).

⁴³ *Angelopoulos et al.*, Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation, <http://eprints.gla.ac.uk/149704/1/149704.pdf>, 9. Die Referenzdatenbank für das Content-ID System von YouTube umfasst laut einem Bericht von Google über 80 Millionen Dateien: *Google*, How Google Fights Piracy, <https://storage.googleapis.com/gweb-uni>

entsprechenden Werke sowie die Software, welche den Abgleich vornimmt, wird entweder durch die Diensteanbieter selbst entwickelt und angelegt oder durch einen Anbieter, welcher diese an Diensteanbieter lizenziert.⁴⁴ Der Abgleich kann allerdings nie absolut zufriedenstellende Ergebnisse produzieren, da nicht erkennbar ist, wie visuelle Ähnlichkeit analytisch beziehungsweise syntaktisch erfasst werden kann.⁴⁵ Filtertechnologien fehlt, da sie die Inhalte nicht im Sinne eines semantischen Verstehens „erkennen“, sondern diese nur anhand numerischer Zuordnung vergleichen, die Möglichkeit, den Kontext und dementsprechend Schranken zu erkennen, was zu nicht intendierten Ergebnissen führt.⁴⁶

Falsche Ergebnisse werden als false positives oder als false negatives bezeichnet, wobei false positives gefilterte Dateien, die eigentlich nicht mit der relevanten Datei aus der Referenzdatenbank übereinstimmen, sind, und false negatives dagegen diejenigen, die mit der Referenzdatei visuell oder akustisch übereinstimmen, dies aber bei dem Abgleich aufgrund des Abstandes der Hashwerte nicht erkannt wurde.⁴⁷ Die Filterung von false positives wird auch als Overblocking bezeichnet.⁴⁸ Je robuster eine Hash-Funktion ist, desto eher ist sie anfällig für false positives. Denn je robuster die Hash-Funktion ist, desto eher sind die fingerprints ähnlich, obwohl die zugrundeliegenden Dateien visuell oder akustisch nicht mehr als übereinstimmend wahrgenommen werden.⁴⁹ Wie weit der Abstand zwischen den fingerprints der Referenzdatei und der geprüften Datei sein muss, um nicht als „gleich“ eingestuft zu werden, wird über eine Distanzmetrik⁵⁰ bestimmt.⁵¹ Hierbei kann eine Gewichtung in der Bedeutung einzelner Bits stattfinden, um das Ergebnis zu verbessern.⁵² Die Sensibilität der Filtersysteme kann

blog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, 25. Zu dem System Audible Magic siehe https://www.audiblemagic.com/wp-content/uploads/2015/04/AM_overview_datasheet_150406.pdf.

⁴⁴ Eine Liste von Anbietern, die Filtertechnologien lizenzieren findet sich unter *Europäische Kommission*, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 3/3, 167 ff.

⁴⁵ *Fridrich/Goljan*, in: ITCC, International Conference on Information Technology, Coding and Computing, 2000, S. 178.

⁴⁶ *Maier*, *Remixe auf Hosting-Plattformen*, 2018, 151. Hierzu ausführlich in diesem Kapitel unter III.

⁴⁷ *Kastl*, *Automatisierung im Internet*, 2016, 379.

⁴⁸ Hierzu ausführlich: *Maier*, *Remixe auf Hosting-Plattformen*, 2018, 151 ff.

⁴⁹ *Martinez/Gérard/Cabot*, in: Wąsowski, Proceedings of the 21th ACM/IEEE International Conference on Model Driven Engineering Languages and Systems, 2018, S. 312 (314).

⁵⁰ Nach *Seo et al.*, Signal Processing: Image Communication 2004, 325 (332) “bit error rate”. Dies bezeichnet die Abweichung der bits einer Datei von den bits der Referenzdatei.

⁵¹ *Lu*, in: SPIE, Media Forensics and Security XI, 7254, 2009, S. 1 (3).

⁵² *Tsai/Kuo Yin-Hsi/Hsu*, in: Hanbury/Kazai/Rauber/Fuhr, Advances in information retrieval, 2015, S. 123 (124).

also gesteuert werden. Ein ideales Funktionieren ist bislang nicht erreicht, es handelt sich dementsprechend stets um eine Abwägung der Entwickler der Technologie. Je nach den spezifischen Einstellungen führt dies eher zu false positives oder false negatives. False positives können durch eine Überprüfung der Ergebnisse einer Filterung durch Menschen vermieden werden.⁵³ Die menschliche Nachprüfung kann dementsprechend auch bewusst in das System eingeplant werden, indem über eine hohe false positive Rate die false negatives gering gehalten werden und im Anschluss eine Nachprüfung durch Menschen stattfindet. Filterung durch den Abgleich von fingerprints wird trotz einer gewissen Fehleranfälligkeit als geeignete Methode zur Erkennung von Audio-, Bild- und Videomaterial erachtet.⁵⁴

Beispiele für den Einsatz von Filtertechnologien sind das Content-ID Verfahren von YouTube⁵⁵ oder das System Audible Magic, das unter anderem von Facebook⁵⁶ eingesetzt wird. 98 Prozent der Urheberrechtsfragen auf YouTube werden nach eigenen Angaben von Google durch Content-ID geregelt.⁵⁷ Eine Folge der hohen Entwicklungskosten⁵⁸ für Filtertechnologien ist, dass die beiden größten Systeme, Content-ID und Audible Magic den Markt dominieren.⁵⁹ Die beiden Systeme haben gemeinsam, dass Rechteinhaber bestimmen können, wie sie mit durch die Software identifizierten Inhalten umgehen möchten.⁶⁰ So kann eine Blockierung des Inhaltes stattfinden, die Nutzung des Inhalts verfolgt werden, oder aber auch eine Monetarisierung zugunsten des Rechteinhabers gewählt werden.⁶¹

⁵³ Kastl, Automatisierung im Internet, 2016, 380.

⁵⁴ Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 3/3, 164. Ausführlich zu der diesbezüglichen Rechtsprechung unter Kapitel 4, III.

⁵⁵ Nolte, ZUM 2017, 304 (308); Google, How Google Fights Piracy, https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, 24 ff.

⁵⁶ <https://www.facebook.com/help/348831205149904>.

⁵⁷ Google, How Google Fights Piracy, https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, 23.

⁵⁸ Urban/Karaganis/Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, 2017, 58. Nach Google, How Google Fights Piracy, https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, 13 belaufen sich die Kosten der Entwicklung des durch die Plattform YouTube eingesetzten Content ID-Systems von Google auf über 100 Millionen USD.

⁵⁹ Urban/Karaganis/Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, 2017, 58.

⁶⁰ Urban/Karaganis/Schofield, Notice and Takedown in Everyday Practice, 2017, 58.

⁶¹ Bezüglich Content-ID: Google, How Google Fights Piracy, https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, 24 ff.

Ein weiteres System zur Erkennung urheberrechtlich geschützten Materials online ist das Watermarking.⁶² Watermarking beschreibt eine Technologie, durch welche ein sogenannter „identifier“ der Datei hinzugefügt wird, über welchen sie gefunden werden kann.⁶³ Dieses sei der Vollständigkeit halber erwähnt, spielt aber für die folgenden Ausführungen keine Rolle.

3. Möglichkeiten der Umgehung

Filtersysteme sind nicht nur fehleranfällig, in einem gewissen Umfang können sie auch umgangen werden, wobei eine Umgehung eine bewusste Herbeiführung von false negatives bedeutet. *Yeung* beobachtet, dass der Einsatz von Technologie häufig ineffizient ist: Ist das technische Design mangelbehaftet, kann ein Nebeneffekt des Einsatzes der Technologie die Entwicklung von Strategien der Vermeidung und Umgehung sein.⁶⁴ Voraussetzung dabei ist aber, dass die Regeln des Systems bekannt sind.⁶⁵ Wortfilter zum Auffinden von Dateinamen können über eine bewusste Falschbenennung umgangen werden, teilweise aber auch indem bestimmte Buchstaben durch Zeichen oder Zahlen ersetzt werden.⁶⁶ Inwieweit Wortfiltertechnologien auch abgeänderte Begriffe erkennen, hängt von deren technischer Ausgestaltung ab.⁶⁷ Inhaltsfiltertechnologien können auf zwei unterschiedliche Arten umgangen werden. Zum einen über eine Manipulierung des Inhalts, zum anderen über eine Simulierung des Agierens von einem Zugriffsort aus, in welchem die betreffende Handlung nicht untersagt ist, beziehungsweise nicht technisch unterbunden wird. Eine Umgehung nur durch eine geschickte Manipulation des hochzuladenden Inhalts kann erfolgen, indem Videos oder Bilder beispielsweise gespiegelt werden, ein Rahmen hinzugefügt

⁶² Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 3/3, 164.

⁶³ *Lu*, in: SPIE, Media Forensics and Security XI, 7254, 2009, S. 1 (2).

⁶⁴ *Yeung*, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series 2015-27, 1 (13). Als Beispiele führt *Yeung* DRMS und Sitzgurte an.

⁶⁵ In § 19 Abs. 3 des UrhDaG ist geregelt, dass Diensteanbieter Forschungsorganisationen Daten über den Einsatz von Filtersystemen zur Verfügung stellen müssen „soweit überwiegende schutzwürdige Interessen des Diensteanbieters nicht entgegenstehen“. Nach *BT-Drs. 19/29894* 19.05.2021, 100 soll hierdurch Transparenz für die Öffentlichkeit darüber „wieso und auf welche Art und Weise bestimmte Inhalte in ihrer öffentlichen Wiedergabe beschränkt werden“ geschaffen werden. Fraglich ist aber, inwieweit dabei ein Überwiegen der Interessen der Diensteanbieter daran, die genaue Funktionsweise der konkret eingesetzten Technologie als Geschäftsgeheimnis zu schützen, angenommen wird.

⁶⁶ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 379 f.; *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 151.

⁶⁷ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 366; *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 151.

wird oder die Größe oder das Farbschema verändert wird. Bei Video- und Audio-dateien kommt in Betracht, ein kaum hörbares Rauschen darüber zu legen oder die Geschwindigkeit zu verändern. Filter, die auf dem Abgleich kryptografischer Hashwerte basieren, können so manipulierte Dateien nicht als übereinstimmend mit der Referenzdatei erkennen. Die auf robusten Hashfunktionen basierenden Abgleichssysteme unterscheiden sich stark voneinander, deren Sensibilität kann hinsichtlich unterschiedlicher Arten der Manipulation variieren. Durch gezielte Versuche können Nutzer mit Manipulationen experimentieren. Die Möglichkeiten der Umgehung werden mit der Fortentwicklung der Filtertechnologien aber stetig geringer.

Ohne eine Manipulation des Inhaltes einer Datei besteht die Möglichkeit über ein virtual private network (VPN) einen beliebigen Aufenthaltsort zu simulieren.⁶⁸ Ein VPN leitet die Anfrage des Computers eines Nutzers über einen anderen Server um. Wenn dort der VPN-Server in einer anderen Jurisdiktion stationiert ist, kann auf diese Weise vorgetäuscht werden, dass die Anfrage aus einem anderen Land stammt.⁶⁹ So wird der Einsatz von Geo-Sperren⁷⁰, welche den Zugriff auf bestimmte Inhalte nur aus bestimmten Ländern sperren, umgangen.⁷¹ Oft verwehren Plattformen den Zugang über bestimmte IP-Adressen bekannter VPN-Anbieter allerdings. Ein Zugriff kann auch über ein eigenes VPN, das über einen eigenen Server außerhalb der EU läuft, erfolgen. Rückschlüsse auf den Aufenthaltsort können jedoch auch über die Spracheinstellungen oder den angegebenen Wohnort der Nutzer gezogen werden.

Die Möglichkeiten der Umgehung lernender Systeme zur Inhaltsfilterung gestalten sich aus der Perspektive der hochladenden Nutzer ähnlich. Über ein VPN kann ein anderer Aufenthaltsort simuliert und so die Filtertechnologien, welche auf Vorschriften der EU basieren, umgangen werden. Zudem kann auch hier eine Umgehung über eine Manipulation der Inhalte stattfinden. Die Ergebnisse ler-

⁶⁸ Hierzu zum Beispiel *Hofferbert*, <https://www.heise.de/tipps-tricks/YouTube-Sperre-umgehen-so-klappt-s-4061516.html#YouTube-Sperre%20per%20VPN%20umgehen>.

⁶⁹ *Mitsdörffer/Gutfleisch*, MMR 2009, 731 (732).

⁷⁰ Zu deren Funktionsweise *Mitsdörffer/Gutfleisch*, MMR 2009, 731 (731).

⁷¹ Diese künstliche Aufteilung der Zugriffsmöglichkeit auf Inhalte im Internet ist eine Folge des nach der Rechtsprechung im Urheberrecht anwendbaren Schutzlandprinzips. Hiernach ist das Recht desjenigen Staates anwendbar, für das urheberrechtlicher Schutz beansprucht wird. So kann sich ergeben, dass ein bestimmtes Werk außerhalb der EU verfügbar ist, welches innerhalb der EU nicht verfügbar ist. Nicht entscheidend ist der Server, von welchem aus das Werk zur Verfügung gestellt wird, sondern derjenige von dem aus darauf zugegriffen wird. Hierzu *Hennemann*, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, 2011, 57f.; *von Welser*, in: *Wandtke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, Vor §§ 120ff., 4, 34. Bei einer Umgehung von Geo-Sperren besteht wohl kein Inlandsbezug, *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, vor §§ 120ff., Rn. 79.

nender Systeme sind aber schwerer vorhersehbar und insbesondere im Nachhinein nicht oder nur schwer erklärbar.

III. Grenzen von Filtertechnologien nach dem Stand der Technologie

Filtertechnologien werden in dem Verhältnis zwischen Plattformbetreibern, Nutzern und Urheberrechtsinhabern eingesetzt. Gleichzeitig sind sie technisch teilweise defizitär, teilweise ist es aber auch gar nicht möglich, diese so zu gestalten beziehungsweise zu entwickeln, dass sie eine treffende juristische Beurteilung vornehmen können. Folglich sind mit dem Einsatz automatisierter Systeme juristisch fehlerhafte Entscheidungen verbunden.⁷² An dieser Stelle geht es daher darum, für Nutzer relevante Defizite automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung, insbesondere zur Filterung urheberrechtsverletzender Inhalte, herauszuarbeiten. Diese Defizite äußern sich in einem Verlust kontextabhängiger Flexibilität (1.) und daraus folgenden Fehlentscheidungen automatisierter Systeme, die letztlich zu einer Einengung urheberrechtlicher Schranken führen (2.). Aus einer Gesamtbetrachtung ergibt sich das Bedürfnis nach einem Kompromiss zwischen dem notwendigen Einsatz automatisierter Systeme und der technischen Durchführbarkeit des Einsatzes.

1. Verlust kontextabhängiger Flexibilität

Automatisierte Systeme zur Rechtsdurchsetzung tragen der Differenziertheit von rechtlichen Regeln nicht immer ausreichend Rechnung.⁷³ Rechtsnormen sind Bestandteil eines ausdifferenzierten gewachsenen Systems, das bestimmte Grundwerte, auf die eine Gesellschaft sich geeinigt hat, verkörpert. Dies ist bei dem Einsatz von automatisierten Systemen zur Durchsetzung rechtlicher Regeln, wie zum Beispiel Filtern, die vermeintlich urheberrechtsverletzende Inhalte (oder auch sogenannte „Hassrede“) filtern sollen, stets zu bedenken. Die Technologie ist nach aktuellem Stand nicht in der Lage, unbestimmte Rechtsbegriffe enthaltende Normen stets rechtsfehlerfrei durchzusetzen.⁷⁴ Gerade aus diesen ergibt sich aber zum einen die Komplexität, zum anderen auch die Flexibilität juristischer Entscheidungen.

⁷² Wobei *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1028) auch auf die Anfälligkeit menschlicher Entscheidungen für kognitive Fehlleistungen verweist.

⁷³ *Hoffmann-Riem*, AöR 2017, 1 (17, 20 in Fn. 79).

⁷⁴ *Bernzen/Kehrberger*, Rechtswissenschaft 2019, 374 (383); *Kuhlmann*, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 117 (122 f.).

Umgekehrt wird teilweise argumentiert, eine Formalisierung fördere die Flexibilität juristischer Entscheidungen. *Reidenberg* verbindet mit *Lex Informatica* größere Flexibilität. Durch *Lex Informatica* können flexible Standards konfiguriert werden, die auf den Einzelfall angepasst sind, statt der Anwendung einer Rechtsnorm auf eine Vielzahl von Sachverhalten.⁷⁵ *Loevinger* sieht ein Problem des Rechts in mangelnder Flexibilität und Anpassungsfähigkeit. Jurimetrics dagegen sei Veränderungen gegenüber offen, da sich dabei nach der jeweiligen Datenlage gerichtet werde.⁷⁶ Er bezieht sich auf die Flexibilität hinsichtlich einer Veränderung und Anpassung im Laufe der Zeit. Diese Argumentation erkennt aber, dass unmöglich für jeden denkbaren Fall eine maßgeschneiderte Regel technisch konfiguriert werden kann. Rechtsnormen müssen zwar eine Vielzahl von Fällen durch eine Norm oder ein System an Normen erfassen, haben aber die Möglichkeit über die Sprache, zum Beispiel durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, Flexibilität zu erzeugen. Freilich kann dies nicht immer funktionieren, so dass es zu ungewollten Lücken kommt, was durch Analogiebildung ausgeglichen wird.

Als positive Auswirkung des Einsatzes automatisierter Systeme mag eine Unabhängigkeit von dem human factor, also den Unregelmäßigkeiten und individuellen Unterschieden in menschlichen Entscheidungen, angesehen werden.

Doch handelt es sich auch bei der automatisierten Durchsetzung von Rechtsnormen nicht um eine gerechte, gleichmäßige Durchsetzung im Sinne einer blinden Justitia. Aus der zur Automatisierung notwendigen Formalisierung folgt eine Vereinfachung von Entscheidungsstrukturen. Ob die Rechtsnorm durch ein explizit formalisiertes oder ein lernendes implizit formalisiertes System durchgesetzt wird, stellt aus Perspektive des Nutzers kaum einen Unterschied dar. Die Formalisierung findet im Wege des im ersten Kapitel erörterten Übersetzungsvorgangs statt. Technologie setzt somit eine Interpretation der umzusetzenden Rechtsnorm voraus.⁷⁷ In dem Versuch, einzelne Rechtsnormen technisch nachzubauen, um diese durchzusetzen, muss implizites Wissen explizit gemacht werden.⁷⁸ Hiermit einher geht auch, dass automatisierte Systeme teilweise eine fehlerhafte Interpretation der durchgesetzten Rechtsnorm wiedergeben.⁷⁹ Wie *Rademacher* formuliert, tritt eine „technologische Normativität an [...] Stelle der demokratischen“.⁸⁰ Diese technologische Normativität muss ohne Unbestimmt-

⁷⁵ *Reidenberg*, *Tex. L. Rev.* 1998, 553 (587).

⁷⁶ *Loevinger*, *Jurimetrics Journal* 1971, 3 (38).

⁷⁷ *Bamberger*, *Tex. L. Rev.* 2010, 669 (675 f.); *Perel/Elkin-Koren*, 19 *Stan. Tech. L. Rev.* 2016, 473 (486 f.).

⁷⁸ *Wischmeyer*, *Steuerung durch Technik*, Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 02.12.2019.

⁷⁹ *Bamberger*, *Tex. L. Rev.* 2010, 669 (675 f.); *Perel/Elkin-Koren*, *Fla. L. Rev.* 2017, 181 (210).

⁸⁰ *Rademacher*, *JZ* 2019, 702 (707).

heit funktionieren. *Hoffmann-Riem* sieht hierin Potential für Auswirkungen auf das Recht in methodischer Hinsicht, er bezeichnet dies als „digitalen Neopositivismus“ – die Abkehr von komplexeren Konzepten aufgrund der Einbettung in die klare Struktur der Technologie.⁸¹

Nach *Becker* wird das Recht „seiner Idee (!) nach [...] von Menschen angewendet“, woraus dessen Flexibilität folgt.⁸² Durch den Einsatz von Technologie gehen Elemente der Flexibilität und Interpretation verloren, weshalb auch Technologie, die bereits existierende Normen durchsetzt, kritisch betrachtet werden muss.⁸³

2. Einengung urheberrechtlicher Schranken durch Fehlentscheidungen automatisierter Systeme

Die mangelnde kontextabhängige Flexibilität automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung zeigt ihre Konsequenz im Anwendungsfall der Filtertechnologien im Urheberrecht deutlich in der Problematik, die Schranken des Urheberrechts zu berücksichtigen. Die Durchsetzung von Urheberrecht involviert die Umsetzung flexibler rechtlicher Regeln.⁸⁴ Die größte Herausforderung der automatisierten Rechtsdurchsetzung liegt darin, die Balance des Urheberrechts zu erhalten und die durch die Schranken des Urheberrechts verkörpertten grundrechtlichen Gewährleistungen sicherzustellen.⁸⁵

a) Flexible Schrankenregelungen

Die Berücksichtigung der Schranken des Urheberrechts macht häufig einen Abwägungsvorgang notwendig. Im Gegensatz zu dem fair use-Ansatz des US-amerikanischen Urheberrechts sind im kontinentaleuropäischen Urheberrecht die Schranken und Ausnahmen zwar in einem abschließenden Katalog geregelt.⁸⁶ Dies bedeutet aber nicht, dass keine Flexibilität in den europäischen Schranken des Urheberrechts besteht. Im Gegenteil: Diese sind die Stellschraube des Urheber-

⁸¹ *Hoffmann-Riem*, AöR 2017, 1 (17).

⁸² *Becker*, ZUM 2019, 636 (644).

⁸³ *Koops*, in: Brownword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 157 (157 f.); *Spindler*, in: Micklitz/Reisch/Joost/Zander-Hayat, *Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt*, 2017, S. 333 (361).

⁸⁴ *Perel/Elkin-Koren*, 19 Stan. Tech. L. Rev. 2016, 473 (486).

⁸⁵ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082 (1091).

⁸⁶ In EuGH, Urt. v. 29.07.2019, C-476/17, GRUR 2019, 929 (Rn. 58) – Metall auf Metall, hat der EuGH den abschließenden Charakter der in Art. 5 der InfoSoc-RL gelisteten Ausnahmen und Beschränkungen noch einmal betont.

berrechts, an der am meisten Spielraum für flexible Regelungen besteht.⁸⁷ Auch wenn, insbesondere durch die Harmonisierung auf europäischer Ebene, zwischenzeitlich teilweise Flexibilität verloren gegangen ist, so lassen die Ausnahmen und Beschränkungen doch einen Spielraum auch zur Anpassung an sich durch technologischen Wandel schnell entwickelnde Sachverhalte.⁸⁸ In der InfoSoc-RL⁸⁹ sind die zulässigen Ausnahmen und Beschränkungen abschließend aufgelistet, gleichzeitig lassen diese aber durch deren Formulierung Spielraum bei der Umsetzung und Auslegung.⁹⁰ In Erwägungsgrund 31 der InfoSoc-RL ist festgehalten, dass ein angemessener Ausgleich der Interessen von Rechteinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen gefunden werden muss. Auch der EuGH betont die Notwendigkeit, einen gerechten Ausgleich zu finden.⁹¹ Über die Formulierung der Schranken hinaus besteht Flexibilität über die stets zu beachtenden Grundrechte der Meinungsfreiheit und der Kunstfreiheit.⁹²

b) Diskrepanz rechtlicher Bestimmungen und technischer Möglichkeiten

In der Durchsetzung urheberrechtlicher Normen durch Filtertechnologien spiegelt sich die mangelnde Fähigkeit zur Durchsetzung unbestimmter Rechtsbegriffe insbesondere darin wider, dass von den Schranken des Urheberrechts abgedeckte Inhalte wie Parodie und Satire nicht immer erkannt werden können.⁹³ Es besteht also stets das Risiko von false negatives und false positives als Ergebnis.⁹⁴

⁸⁷ Hugenholz, in: Okediji, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, S. 275 (278).

⁸⁸ EuGH, Urt. v. 04.10.2011, C-403/08; C-429/08, JZ 2011, 1160 (Rn. 164) – Football Association Premier League; Hugenholz, in: Okediji, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, S. 275 (283 ff.); Ohly, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014 Bd. I: Gutachten Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt, 2014, F 23.

⁸⁹ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

⁹⁰ Hugenholz, in: Okediji, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, S. 275 (284 f.).

⁹¹ EuGH, Urt. v. 03.09.2014, C-201/13, curia, Rn. 26 – Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW gegen Helena Vandersteen u. a.; Urt. v. 04.10.2011, C-403/08; C-429/08, JZ 2011, 1160 (Rn. 163 f.) – Football Association Premier League; Urt. v. 29.07.2019, C-476/17, GRUR 2019, 929 (Rn. 32) – Metall auf Metall.

⁹² EuGH, Urt. v. 03.09.2014, C-201/13, curia, Rn. 27 – Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW gegen Helena Vandersteen u. a.; Urt. v. 29.07.2019, C-476/17, GRUR 2019, 929 (Rn. 32 ff.) – Metall auf Metall; Hugenholz, in: Okediji, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, S. 275 (287 ff.).

⁹³ Kaesling, JZ 2019, 586 (588); Pravemann, GRUR 2019, 783 (787); Spindler, CR 2019, 277 (Rn. 77); Stieper, ZUM 2019, 211 (216).

⁹⁴ Kastl, GRUR 2016, 671 (675).

Nach Erwägungsgrund 70 der DSM-RL soll sichergestellt werden, dass nutzergenerierte Inhalte zu von den Schranken des Urheberrechts gedeckten Zwecken hochgeladen werden können. Dies sei

„besonders wichtig, um ein Gleichgewicht zwischen den in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerten Grundrechten [...], insbesondere dem Recht auf freie Meinungsäußerung und der Freiheit der Kunst, und dem Eigentumsrecht, auch betreffend das geistige Eigentum, zu schaffen.“⁹⁵

In Erwägungsgrund 70 S. 4 der DSM-RL wird festgehalten, dass die genannten Ausnahmen und Beschränkungen verpflichtend gelten sollen.⁹⁶ Ausdrücklich bezieht sich dies lediglich auf die Schranken zugunsten von Zitat, Kritik, Rezension, Karikatur, Parodie und Pastiche. In der Richtlinie niedergeschlagen hat sich diese Erwägung in Art. 17 Abs. 7 S. 2. Hiernach sollen die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass sich Nutzer auf die genannten Ausnahmen und Beschränkungen stützen können.⁹⁷ Die weiteren nach Art. 5 der InfoSoc-RL geltenden Ausnahmen und Beschränkungen sind nicht genannt, doch dürften die aufgeführten die relevantesten Schranken in diesem Zusammenhang sein.⁹⁸

Die Diskrepanz zwischen den bestehenden urheberrechtlichen Schranken und der technischen Unmöglichkeit, diese vollständig in einer automatisierten Durchsetzung umzusetzen und die daraus folgende Möglichkeit der Einengung der Schranken des Urheberrechts wird unter dem Schlagwort des Overblocking diskutiert.⁹⁹ Nach *Kuhlmann* soll aufgrund der Gefahr des Overblocking in Bereichen, in denen unbestimmte Rechtsbegriffe ausgelegt und angewendet werden müssen, keine automatisierte Rechtsdurchsetzung stattfinden.¹⁰⁰ Teilweise wird die Gefahr des Overblocking aber auch als überschätzt angesehen.¹⁰¹ Zu den Defiziten der Technologie, die zu Overblocking führen können, kommt hinzu,

⁹⁵ Erwägungsgrund 70 S. 3 der DSM-RL.

⁹⁶ Die Regelung und die daraus resultierenden Fragen erinnern an die Debatte zum Zeitpunkt der Umsetzung der InfoSoc-RL und die Frage der Sicherung der urheberrechtlichen Schranken bei dem Einsatz technischer Schutzmaßnahmen. Hierzu *Metzger/Kreutzer*, MMR 2002, 139.

⁹⁷ Hierzu auch vertieft unter Kapitel 5, I. 1.

⁹⁸ *Spindler*, CR 2019, 277 (Rn. 76).

⁹⁹ So zum Beispiel bei *Gielen/Tiessen*, EuZW 2019, 639 (645); *Holznapel*, ZUM 2020, 1 (4); *Kaesling*, JZ 2019, 586 (589); *Kastl*, GRUR 2016, 671 (675); *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 151 ff.; *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (787 f.). Der Begriff des Overblocking wird auch unabhängig von Filtertechnologien im Urheberrecht für eine überschießende Rechtsdurchsetzung verwendet: *Bernzen/Kehrberger*, Rechtswissenschaft 2019, 374 (383 f.); *Kuhlmann*, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 117 (122 f.); *Leistner/Grisse*, GRUR 2015, 105 (108).

¹⁰⁰ *Kuhlmann*, in: Fries/Paal, Smart Contracts, 2019, S. 117 (123).

¹⁰¹ *Gerpott*, MMR 2019, 420 (422 f.).

dass die Anreize für Plattformbetreiber, potentiell rechtsverletzende Inhalte zu löschen, größer sind, als diese im Zweifelsfall auf der Plattform zu belassen.¹⁰² Werden verletzende Inhalte nicht gelöscht, so besteht ein Haftungsrisiko.¹⁰³ Bei einer Löschung eines rechtmäßigen Inhalts besteht aus dem Vertrag zwischen dem Plattformbetreiber und dem Nutzer zwar gegebenenfalls ein Anspruch, diesen wieder über die Plattform zugänglich zu machen,¹⁰⁴ finanzielle Einbußen für den Plattformbetreiber sind hiermit in der Regel jedoch nicht verbunden.¹⁰⁵ Gleichzeitig haben Plattformbetreiber ein Interesse daran, möglichst viele Inhalte auf Ihrer Plattform bieten zu können, um hierdurch Nutzer anzuziehen. Aufgrund des Haftungsrisikos kann aber grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die technischen Voreinstellungen von Filtertechnologien im Zweifel auf eine restriktive Filterung ausgelegt sind, die eher zu false positives als zu false negatives führen.

c) Exkurs: automatisierte Durchsetzung von fair use in den USA

In der US-amerikanischen rechtswissenschaftlichen Debatte sind „Algorithmic Governance“ oder „Algorithmic Regulation“¹⁰⁶ ein zentraler Gegenstand. Die Forschung in den USA ist diesbezüglich deutlich weiter. Dies spiegelt sich auch in der Forschung zu dem Erhalt der Schranken des Urheberrechts bei der automatisierten Durchsetzung urheberrechtlicher Schutzbestimmungen wider. Im US-amerikanischen Urheberrecht werden die Begrenzungen des dem Urheber zugewiesenen Ausschließlichkeitsrechts nicht über einen Katalog geregelt, sondern dort ist in § 107 des US-Copyright Act¹⁰⁷ die fair use-Doktrin geregelt. In

¹⁰² Jobst, NJW 2020, 11 (14); Wagner, GRUR 2020, 447 (452).

¹⁰³ Jobst, NJW 2020, 11 (14).

¹⁰⁴ Holznagel, CR 2019, 518; Spindler, CR 2019, 277 (Rn. 81) in Bezug auf das Urheberrecht zweifelnd, in Bezug auf das Äußerungsrecht einen solchen Anspruch eher bejahend: Spindler, CR 2019, 238 (Rn. 3). Siehe hierzu Kapitel 5, I. 2.

¹⁰⁵ Wagner, GRUR 2020, 447 (452).

¹⁰⁶ Siehe hierzu nur Yeung/Lodge, Algorithmic Regulation, 2019; Yeung, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series 2017-27, 1.

¹⁰⁷ § 107 des US-Copyright Act aus dem Jahr 1976 besagt: „Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include

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

(2) the nature of the copyrighted work;

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

Fällen, in denen die Voraussetzungen der fair use gegeben sind, ist die Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werkes zulässig. Exemplarisch aufgeführt als Fälle von fair use werden unter anderem Kritik, Unterricht und Forschung. Zur Prüfung, ob fair use gegeben ist, sind vier Faktoren ausschlaggebend: der Zweck und die Art der Nutzung, die Art des geschützten Werkes, der Umfang der Übernahme und die Auswirkungen der Übernahme auf das geschützte Werk. Hierdurch haben Gerichte ein weites Maß an Spielraum bei der Anwendung der fair use-Ausnahme.¹⁰⁸

Lessig untersuchte bereits im Jahr 2006 die Frage, inwieweit fair use im Rahmen von Rechtsdurchsetzung durch Technologie, oder durch Code, wie *Lessig* schreibt, gewährleistet werden kann.¹⁰⁹ Er stellt fest, dies sei nicht möglich – selbst die besten Computer können die notwendige Entscheidung über den Zweck einer Nutzung nicht treffen („judgement about purpose, or intent“).¹¹⁰ Nach *Lessig* gefährden automatisierte Systeme zur Urheberrechtsdurchsetzung daher „values latent in the imperfection of the real world“.¹¹¹

Aktueller befassen sich *Burk* und *Elkin-Koren* mit dem Rechtsinstitut der fair use im US-amerikanischen Urheberrecht, zu dessen Bedeutung und Entwicklung in einem durch Computerprogramme durchgesetzten Urheberrecht beide unterschiedliche Positionen einnehmen. *Burk* sieht hier ähnlich wie *Hoffmann-Riem* die Gefahr, dass sich die rechtlichen Standards entsprechend den Eigenschaften, Möglichkeiten und Grenzen der Technologie, die versucht den Rechtsstandard umzusetzen, verschieben.¹¹² Er schließt hieraus: „because fair use cannot be automated, algorithmic fair use simply cannot be fair use at all.“¹¹³ Demgegenüber argumentiert *Elkin-Koren*, „the future of fair use should [...] be algorithmic.“¹¹⁴ Sie sieht durch den Einsatz von sogenannter künstlicher Intelligenz¹¹⁵ die Herausforderungen der Nutzung automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung als realistisch zu bewältigen an.¹¹⁶ Flexibilität und Ermessensspielräume können ihr zufolge durch den Einsatz von künstlicher Intelligenz widergespiegelt werden.¹¹⁷

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

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

¹⁰⁸ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082 (1094).

¹⁰⁹ *Lessig*, Code 2.0, 2006, 187.

¹¹⁰ *Lessig*, Code 2.0, 2006, 187.

¹¹¹ *Lessig*, Code 2.0, 2006, 190.

¹¹² *Burk*, U. Chi. L. Rev. 2019, 283 (305).

¹¹³ *Burk*, U. Chi. L. Rev. 2019, 283 (306).

¹¹⁴ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082 (1085).

¹¹⁵ Die Verwendung des Begriffs erfolgt hier in Anlehnung an *Elkin-Koren*.

¹¹⁶ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082.

¹¹⁷ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082 (1100).

Gleichzeitig erkennt *Elkin-Koren* an, dass technische Systeme nicht über fair use entscheiden können, sondern dass diese die Wahrscheinlichkeit des Vorliegens von fair use errechnen.¹¹⁸ Ausschlaggebend sei, ab welcher errechneten Wahrscheinlichkeit das Vorliegen von fair use angenommen werden kann.¹¹⁹ Gleichzeitig müsse herausgearbeitet werden, welche Fehlerrate im Vergleich zu einer gerichtlichen Entscheidung akzeptierbar ist.¹²⁰ Auch *Elkin-Koren* geht, genau wie *Burk*, davon aus, dass algorithmic fair use rechtliche Standards und Bewertungen verändern kann und wird, sieht darin jedoch die Möglichkeit positiver Effekte, da diese Entwicklung zu mehr Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit führen kann, da klarere Fallgruppen und Kriterien für fair use herausgearbeitet werden müssen.¹²¹ Als Nachteil der automatisierten Durchsetzung von Urheberrecht mittels künstlicher Intelligenz sieht *Elkin-Koren*, dass deren Funktionsweise undurchsichtig ist.¹²² Es sei aber wichtig zu verstehen, wie die Systeme zur automatisierten Durchsetzung arbeiten, insbesondere auch, um die Funktionsweise von Plattformen verstehen zu können.¹²³ In einer Studie des Haifa Center for Law & Technology, in der *Elkin-Koren* leitend involviert war, wurde daher die Methode des *black box tinkering* in Bezug auf die algorithmische Durchsetzung des Urheberrechts erforscht.¹²⁴ Ziel der Methode des *black box tinkering* ist, Erkenntnisse darüber zu gewinnen, ob automatisierte Systeme entsprechend den rechtlichen Normen, die sie durchsetzen, funktionieren und mehr darüber zu erfahren, wie automatisierte Systeme flexible rechtliche Normen quantifizieren.¹²⁵ In der Anwendung der Methode auf automatisierte Systeme zur Durchsetzung von Urheberrecht wurden Inkonsistenzen in der Funktionalität automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung erkannt.¹²⁶ Letztendlich liegt zwischen den beiden Positionen kein so großer Widerspruch, wie es vordergründig scheint. Beide kommen zu dem Ergebnis, dass die automatisierte Rechtsdurchsetzung auch eine Automatisierung der Schutzrechte zugunsten der Nutzer notwendig macht. Gleichzeitig schlussfolgern beide, dass der Charakter des im US-amerikanischen Urheberrecht sehr flexiblen Schutzmechanismus der fair use sich hier-

¹¹⁸ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082 (1099).

¹¹⁹ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082 (1099).

¹²⁰ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082 (1099).

¹²¹ *Elkin-Koren*, UCLA L. Rev. 2017, 1082 (1099).

¹²² *Perel/Elkin-Koren*, Fla. L. Rev. 2017, 181 (197).

¹²³ *Perel/Elkin-Koren*, Fla. L. Rev. 2017, 181 (204f.).

¹²⁴ *Perel/Elkin-Koren*, Fla. L. Rev. 2017, 181.

¹²⁵ *Perel/Elkin-Koren*, Fla. L. Rev. 2017, 181 (204f.).

¹²⁶ *Perel/Elkin-Koren*, Fla. L. Rev. 2017, 181 (208f.). Zu beachten ist hierbei, dass die Untersuchung auf das nach dem US-amerikanischen und dem israelischen Recht vorgesehenen notice-and-take-down-Verfahren bezogen ist.

durch verändern wird. Die Bewertung dieser Tatsache ist allerdings unterschiedlich.

Aus diesem Blick in die US-amerikanische Rechtswissenschaft ergibt sich die zentrale Rolle der Schranken des Urheberrechts bei dem vermehrten Einsatz von Technologie zum Urheberrechtsschutz. Notwendig ist eine genaue und differenzierte Betrachtung dessen, was die technische Umsetzung flexibler rechtlicher Schutzmechanismen mit den rechtlichen Standards und insbesondere mit den Rechten der Nutzer macht.

IV. Zwischenergebnis

Die Notwendigkeit zumindest teilweise automatisierter Urheberrechtsdurchsetzung in Zeiten der Digitalisierung ist unbestreitbar. Dem Übermaß an Werken, die fortlaufend auf Plattformen hochgeladen werden, anders zu begegnen, ist schlechterdings unmöglich. Inhärent verbunden ist damit die Notwendigkeit die Rechte der Nutzer zu berücksichtigen. Dabei setzen die technischen Möglichkeiten Grenzen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass automatisierte Rechtsdurchsetzung zu übermäßigen Blockierungen führt, während Inhalte, die gegen Rechtsnormen verstoßen, nicht blockiert werden. Das Risiko von false negatives und false positives macht Filter nicht generell ungeeignet, aber sie alleine reichen nicht aus, um Rechtsverletzungen zu verhindern; eine menschliche Nachkontrolle ist zumindest in Einzelfällen notwendig.¹²⁷ Klar sein müssen die Grenzen dessen, was technisch möglich und mit den Grundsätzen des Urheberrechts vereinbar ist. Der Kompromiss zwischen Durchführbarkeit und Erhaltung der Balance des Urheberrechts soll nicht blind eingegangen werden, insbesondere, da die Schrankenregelungen auf der Sicherung wichtiger Grundrechte wie der Meinungsfreiheit und der Kunstfreiheit basieren. Die Grenzen der Technologie müssen durch entsprechende rechtliche Schutzmaßnahmen ausgeglichen werden.

¹²⁷ *Kastl*, GRUR 2016, 671 (675). Hierzu ausführlich unter Kapitel 5, I. 3. a).

Kapitel 4:

Technologie als Element im Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern, Rechteinhabern und Nutzern

Die Untersuchung der Rolle von Technologie in Form des Einsatzes von Filtertechnologien im Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern, Rechteinhabern und Nutzern dient dem Verständnis der Auswirkungen von Rechtsdurchsetzung durch Technologie. Zudem bietet die Untersuchung einen Ausgangspunkt für die spätere Ausarbeitung von Rechtsschutzmechanismen. Dementsprechend werden zunächst die jeweiligen Rechtsverhältnisse zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern, Diensteanbietern und Nutzern und Nutzern und Rechteinhabern betrachtet (I.). Vor dem Hintergrund des Verhältnisses von Technologie und Recht und der Beeinflussung des Rechts durch Technologie (II.) wird im Anschluss die Rechtsprechung zum Einsatz von Filtertechnologien betrachtet (III.). Abschließend wird beleuchtet, wie sich Art. 17 der DSM-RL (IV.) sowie das UrhDaG als Umsetzung des Art. 17 DSM-RL (V.) auswirken.

I. Bestimmung der jeweiligen Rechtsverhältnisse

Grundlage des Rechtsschutzes ist das jeweilige Rechtsverhältnis, innerhalb dessen dieser gewährt werden soll. Nach einer Klärung des Verhältnisses zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern (1.) wird schwerpunktmäßig das Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern und Nutzern betrachtet, da Diensteanbieter die entsprechende Technologie einsetzen und diese gegenüber den Nutzern wirkt (2.). Diensteanbieter schützen so die Rechteinhaber vor einer Verletzung von deren Rechten über die Plattform. Abschließend wird der Vollständigkeit halber knapp auf das Verhältnis zwischen Nutzern und Rechteinhabern eingegangen (3.).

1. Diensteanbieter und Rechteinhaber

In dem Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern ist die Begründung des Einsatzes von Filtertechnologien zu finden.

Das Rechtsverhältnis wird im Binnenmarkt der EU nunmehr durch Art. 17 der DSM-RL bestimmt. Art. 17 Abs. 1 S. 2 DSM-RL sieht zuvorderst den Abschluss von Lizenzvereinbarungen zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern vor. Art. 17 Abs. 2 DSM-RL regelt, dass diese Lizenzen auch zugunsten der nicht-gewerblich handelnden Nutzer gelten sollen, was dogmatisch eher ungewöhnlich ist.¹ Neu ist vor allem, dass, sollte keine Lizenzvereinbarung bestehen und der Diensteanbieter nicht hinreichenden Sorgfaltspflichten nachgekommen sein, der Diensteanbieter unmittelbar für die Rechtsverletzung haftet (Art. 17 Abs. 1 S. 1 DSM-RL). Auf nationaler Ebene sowie auf EU-Ebene war das Rechtsverhältnis bislang stark durch die Rechtsprechung geprägt. Nach ständiger Rechtsprechung hafteten Diensteanbieter lediglich als Störer.²

Zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern werden häufig auch vertragliche Vereinbarungen abgeschlossen.³ Die genauen Inhalte solcher Kooperationsverträge sind in der Regel nicht öffentlich zugänglich.⁴ Zudem werden, soweit die jeweilige Plattform dies vorsieht, Monetarisierungsvereinbarungen getroffen. Rechteinhaber können entscheiden, ob sie Inhalte, die ihre Rechte berühren, blockieren lassen möchten, oder ob sie diese finanziell nutzen und monetarisieren möchten. Diensteanbieter erzielen über Werbeeinnahmen zum Teil erhebliche Gewinne. Über eine Monetarisierungsvereinbarung zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern werden diese Einnahmen teilweise an Rechteinhaber weitergegeben. Ein Trend in die Richtung vermehrter Monetarisierung kann beobachtet werden.⁵ Verbreitete Kritik hieran war und ist, dass so eine sogenannte „Value Gap“ entstehen würde; bei den Urhebern beziehungsweise den Rechteinhabern käme kein entsprechender Anteil der Gewinne an, den Diensteanbieter über die öffentliche Zugänglichmachung von deren Werken generieren.⁶

¹ *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (785).

² In Bezug auf ein Internet-Auktionshaus: BGH, Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 (Rn. 50); in Bezug auf einen Internetmarktplatz: Urt. v. 05.02.2015 – I ZR 240/12, GRUR 2015, 485 (Rn. 49); in Bezug auf den Betreiber der Plattform YouTube: OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 281).

³ *Holzengel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, 2013, 65; *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 126. Siehe zum Beispiel: *Aswad*, <https://variety.com/2017/biz/news/universal-music-group-and-youtube-reach-new-global-multi-year-agreement-1202644815/>, <https://www.fr.de/kultur/youtube-schliesst-lizenzvertrag-sony-11548306.html>.

⁴ *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 126.

⁵ *Grosse Ruse-Khan*, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 8 2020; *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 126 f.

⁶ Hierzu auch in diesem Kapitel unten unter IV. 2. b).

2. Diensteanbieter und Nutzer

a) Vertragsverhältnis

Zwischen Diensteanbietern beziehungsweise Plattformbetreibern und den Nutzern der Plattform besteht, jedenfalls wenn eine Anmeldung erfolgt, ein synallagmatischer Vertrag.⁷ Unerheblich ist, ob für die Nutzung der Plattform ein monetäres Entgelt entrichtet werden muss oder nicht – in der Praxis ist dies jedenfalls regelmäßig nicht der Fall. Durch die Anmeldung bei einer Plattform und deren folgender Nutzung entsteht ein synallagmatisches Austauschverhältnis zwischen dem Plattformbetreiber und dem Nutzer. Dieses verpflichtet den Betreiber der Plattform dazu, den Dienst zur Nutzung zur Verfügung zu stellen.⁸ Der Nutzer willigt in der Regel mit der Anmeldung in die Nutzung sowohl der zur Anmeldung erforderlichen Daten als auch der im Folgenden sich aus und während der Nutzung ergebenden Daten durch den Plattformbetreiber ein.⁹ Die Einwilligung umfasst häufig auch die Weitergabe der Daten an Dritte.¹⁰ Zudem willigt der Nutzer in der Regel ein, dass Nutzungsrechte an hochgeladenen Inhalten zugunsten des Plattformbetreibers eingeräumt werden.¹¹

Eine Anerkennung der Preisgabe von Daten als Gegenleistung in einem Rechtsgeschäft bietet den Schutz der zwingenden verbraucherschützenden Regelungen des BGB.¹² Hierauf gründet auch die im Mai 2019 verabschiedete Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und di-

⁷ BGH, Urt. v. 12.07.2018 – III ZR 183/17, NJW 2018, 3178 (Rn. 19); Metzger, AcP 2016, 817 (835); Metzger, JZ 2019, 577 (584), wobei Metzger betont, dass die Frage, ob ein Vertrag abgeschlossen wurde, freilich stets vom Einzelfall abhängt; Redeker, in: Hoeren/Sieber/Holz-nagel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Vertragsrecht für Internetdienste, Rn. 422; Specht, JZ 2017, 763 (763).

⁸ Specht differenziert genau zwischen der Einwilligung in die Datenverarbeitung als Gegenleistung und den Daten selbst als Gegenleistung: Specht, JZ 2017, 763 (764 ff.). Diese dogmatische Frage kann an dieser Stelle dahinstehen, da deren Auswirkungen erst bei der hier nicht relevanten Untersuchung der Folgen eines Widerrufs der Einwilligung oder deren Unwirksamkeit sichtbar werden.

⁹ Im Detail in den AGB der jeweiligen Plattformen.

¹⁰ Zum Beispiel in der Datenschutzrichtlinie von Facebook: „Wir stellen Werbetreibenden Berichte über die Arten von Personen, die ihre Werbeanzeigen sehen, und über den Erfolg ihrer Anzeigen bereit, aber wir teilen keine Informationen, die dich persönlich identifizieren (Informationen wie deinen Namen oder deine E-Mail-Adresse, die für sich genommen verwendet werden können, um dich zu kontaktieren oder zu identifizieren), außer du erlaubst uns dies.“ <https://www.facebook.com/about/privacy/update>.

¹¹ Ausführlich Kleiner, Die urheberrechtliche Wirksamkeit von Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke, 2019, 52 f.

¹² Metzger, AcP 2016, 817 (818); Spindler/Sein, MMR 2019, 415 (418).

gitaler Dienstleistungen (DI-RL)¹³, die in den §§ 327 ff. BGB umgesetzt wurde. Die Richtlinie dient der Regelung der Ausgestaltung eben dieser Verträge. Der Anwendungsbereich der DI-RL ist nach deren Art. 3 Abs. 1 eröffnet, wenn von Seiten des Verbrauchers personenbezogene Daten bereitgestellt werden, während von Seiten des Unternehmers digitale Inhalte oder digitale Dienstleistungen bereitgestellt werden. Ein bloßes Nebeneinanderstehen der datenschutzrechtlichen Einwilligung und der Zurverfügungstellung der Dienste der Plattform kann spätestens seit Verabschiedung der DI-RL nicht mehr angenommen werden.¹⁴

Aus der Einwilligung in die Weitergabe der Daten, beziehungsweise aus der Weitergabe der Daten selbst, generieren Diensteanbieter Gewinne, da Unternehmen auf Grundlage dieser Daten personalisierte Werbung schalten können. So wird zwar kein monetäres Entgelt direkt von dem Nutzer an den Plattformbetreiber entrichtet, doch erwirtschaften die Plattformbetreiber mittelbar aus den von den Nutzern zur Verfügung gestellten Daten Gewinne. Dies macht Facebook in den Nutzungsbedingungen ab dem 31.07.2019 auch explizit. Dort heißt es:

„Wir berechnen dir nichts für die Nutzung von Facebook oder der anderen Produkte und Dienste, für die diese Nutzungsbedingungen gelten. Stattdessen bezahlen uns Unternehmen und Organisationen dafür, dass wir dir Werbeanzeigen für ihre Produkte und Dienstleistungen zeigen. Durch die Nutzung unserer Produkte erklärst du dich damit einverstanden, dass wir dir Werbeanzeigen zeigen dürfen, die nach unserer Ansicht relevant für dich sind und deinen Interessen entsprechen. Wir nutzen deine personenbezogenen Daten, um festzulegen, welche Werbeanzeigen wir dir zeigen.“¹⁵

Gleichzeitig wird weiter unten in den Nutzungsbedingungen von der „Fortsetzung des Vertragsverhältnisses“ gesprochen. Die Betreiber von Facebook gehen dementsprechend selbst von dem Bestehen eines Vertragsverhältnisses aus. Auch in den AGB von YouTube und Twitter wird explizit von einem Vertrag, der mit den Nutzern abgeschlossen wird, gesprochen. So werden die Nutzungsbedingungen von YouTube mit den Worten „[d]ieser Abschnitt enthält einige weitere wichtige Informationen zu unserem Vertrag“¹⁶ eingeleitet. In Nummer 1 der AGB von Twitter heißt es: „Sie können die Dienste nur dann nutzen, wenn Sie zustimmen, einen verbindlichen Vertrag mit Twitter abzuschließen [...]“.¹⁷ In der Nutzervereinbarung der Plattform LinkedIn wird deutlich gemacht: „Sie erklären sich damit einverstanden, dass Sie mit LinkedIn einen rechtsverbindlichen

¹³ Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

¹⁴ Metzger, AcP 2016, 817 (833).

¹⁵ https://de-de.facebook.com/legal/terms/plain_text_terms.

¹⁶ <https://www.youtube.com/static?gl=DE&template=terms&hl=de>.

¹⁷ <https://twitter.com/de/tos#current>.

Vertrag abschließen“¹⁸. Diesen Nutzungsbedingungen stimmen die Nutzer jeweils bei der Anmeldung zu. Ob auch ohne eine Anmeldung ein Vertragsverhältnis angenommen werden kann, ist nach wie vor umstritten, muss hier allerdings nicht geklärt werden, da keine Relevanz für die folgenden Ausführungen besteht.

b) Schwierigkeit der dogmatischen Einordnung

Probleme bereitet die dogmatische Einordnung des so entstandenen synallagmatischen Vertragsverhältnisses. Teilweise wird bei Plattformnutzungsverträgen ohne ein monetäres Entgelt das Vorliegen eines Auftrages, bei dem es sich nach § 662 BGB um ein Geschäft, das unentgeltlich für einen anderen besorgt wird, handelt, angenommen.¹⁹ In diesem Fall könnte nicht von dem Bestehen eines Synallagma ausgegangen werden. Diese Ansicht verkennt aber, dass, auch wenn kein monetäres Entgelt bei Vertragsschluss vereinbart wurde, dennoch die Leistung mit einer Gegenleistung verknüpft wird und die Erbringung der Leistung von der Gegenleistung abhängig gemacht wird.²⁰

Der Plattformnutzungsvertrag kann keinem der Vertragstypen des BGB klar zugeordnet werden. Auch nach der Umsetzung der DI-RL in die §§ 327 ff. BGB ändert sich dies nicht. Die Normen zur Umsetzung wurden in den allgemeinen Teil des BGB aufgenommen. Somit findet keine Zuordnung von Verträgen über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen zu einem der Vertragstypen des BGB statt.²¹

Prägend bei Verträgen mit Plattformen wie sozialen Netzwerken ist deren Charakter als Dauerschuldverhältnis.²² Der Vertrag enthält unter anderem Elemente eines Mietvertrages²³, eines Dienstvertrages²⁴, eines Werkvertrages²⁵, eines Li-

¹⁸ <https://www.linkedin.com/legal/user-agreement?>.

¹⁹ Redeker, in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 12 Vertragsrecht für Internetdienste, Rn. 424.

²⁰ LG Berlin, Urt. v. 16.01.2018 – 16 O 341/15, MMR 2018, 328 (Rn. 51). In dem Urteil befasst sich das LG Berlin unter anderem mit der Frage, ob Facebook seinen Dienst als „kostenlos“ bezeichnen darf. Das LG nimmt zwar an, dass die Bezeichnung des Dienstes als „kostenlos“ zwar nicht irreführend sei, da sich dies nur auf unmittelbaren finanziellen Einbußen beziehe. Eine „Gegenleistung“ in Form der Datenübertragung werde dennoch erbracht. Weniger deutlich hinsichtlich der Datenübertragung als Gegenleistung aber wohl auch in diese Richtung das Berufungsurteil des KG, Urt. v. 20.12.2019 – 5 U 9/18, MMR 2020, 239 (58 f.); Heldt, MMR 2020, 242 (243).

²¹ Wendehorst, NJW 2021, 2913 (2913).

²² Specht, JZ 2017, 763 (765).

²³ Metzger, AcP 2016, 817 (838); Specht, JZ 2017, 763 (765); Spindler, CR 2019, 238 (Rn. 5).

²⁴ Spindler, CR 2019, 238 (Rn. 5).

²⁵ Spindler, CR 2019, 238 (Rn. 5).

zenzvertrages²⁶ und eines Pachtvertrages²⁷. Bei einem Plattformnutzungsvertrag ist dementsprechend wohl ein gemischter Vertrag anzunehmen.²⁸ Von einem gemischten Vertrag ist dann die Rede, wenn verschiedene Elemente des Vertrages unterschiedlichen Vertragstypen des BGB zugeordnet werden können.²⁹ Unter gemischte Verträge fallen auch Verträge mit atypischer Gegenleistung.³⁰ Dies sind Verträge, bei denen die Gegenleistung in etwas anderem als Geld besteht.³¹ Als eine solche atypische Gegenleistung ist auch die Preisgabe von Daten beziehungsweise die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung zu sehen.³²

Teilweise wird auch vertreten, dass es sich bei einem Plattformnutzungsvertrag um einen atypischen Vertrag handelt. Ein atypischer Vertrag liegt vor, wenn dieser auch nicht in Teilen einem oder mehreren geregelten Vertragstypen zugeordnet werden kann.³³ Wieder andere Stimmen in der Literatur halten die Annahme eines Vertrages *sui generis* für interessengerecht, da so auf die spezifische Interessenlage eingegangen werden könne.³⁴ Auch das OLG München äußert sich dahingehend.³⁵ Wieder andere gehen von dem Vorliegen eines Zwittervertrages aus, in dem sich die Überlassung der Daten in Form eines Lizenzvertrages und die Nutzung der Plattform als Miet- oder Dienstvertrag gegenüber stehen und jeweils die Vorschriften des Vertragstyps auf die jeweiligen Leistungen anzuwenden seien.³⁶

Im Ergebnis kommt es für die hier interessierenden Fragestellungen auf eine Zuordnung der Vertragsgestaltung nicht an,³⁷ zumal die Abgrenzung der unterschiedlichen Vertragsgestaltungen schwierig ist³⁸. Die sich aus dem Vertrag ergebenden Pflichten können den AGB der jeweiligen Plattform entnommen werden.³⁹

²⁶ Metzger, AcP 2016, 817 (837).

²⁷ Metzger, AcP 2016, 817 (838); Specht, JZ 2017, 763 (765).

²⁸ Maier, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 128; Spindler, CR 2019, 238 (Rn. 5).

²⁹ Emmerich, in: MüKoBGB, § 311, Rn. 28.

³⁰ Emmerich, in: MüKoBGB, § 311, Rn. 28.

³¹ Emmerich, in: MüKoBGB, § 311, Rn. 31.

³² Metzger, AcP 2016, 817 (836); Specht, JZ 2017, 763 (765).

³³ Emmerich, in: MüKoBGB, § 311, Rn. 24.

³⁴ Kleiner, Die urheberrechtliche Wirksamkeit von Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke, 2019, 59.

³⁵ OLG München, Beschluss v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, BeckRS 2018, 20659 (Rn. 18). Bei dem Nutzungsvertrag handele es sich „wohl“ um einen Vertrag *sui generis*, die Rechtsnatur des Vertrages bedürfe aber für den Fall keiner abschließenden Klärung.

³⁶ Bräutigam, MMR 2012, 635 (640).

³⁷ Relevant wird die Zuordnung zu einem bestimmten Vertragstypus, wenn es um Vertragsstörungen geht, so auch Specht, JZ 2017, 763 (764).

³⁸ Emmerich, in: MüKoBGB, § 311, Rn. 24.

³⁹ So auch Kindl, in: Kindl/Arroyo Vendrell/Gsell, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, 2018, S. 63 (68); Metzger, JZ 2019, 577 (579 f.).

c) Einordnung als Verbrauchervertrag

Bei Plattformnutzungsverträgen handelt es sich in aller Regel um Verbraucherverträge.⁴⁰ Nach der Legaldefinition des Verbrauchers in § 13 BGB ist „Verbraucher [...] jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können“. Auf europäischer Ebene lauten die Definitionen des Verbraucherbegriffs in der Verbraucherrechterichtlinie⁴¹ und der der DI-RL ähnlich. Nach dem Verbraucherbegriff in der Verbraucherrechterichtlinie ist Verbraucher „jede natürliche Person, die bei von dieser Richtlinie erfassten Verträgen zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“. In Art. 2 Nr. 6 der DI-RL werden Verbraucher definiert als „jede natürliche Person, die in Bezug auf von dieser Richtlinie erfasste Verträge zu Zwecken handelt, die außerhalb ihrer gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit liegen“. Von der Richtlinie erfasst sind nach Art. 1 Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte. In der Rom I-VO⁴² wird ein Verbrauchervertrag definiert als

„ein Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann („Verbraucher“), mit einer anderen Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt („Unternehmer“)“.

Aus den Definitionen ergibt sich, dass entscheidend für die Annahme der Verbrauchereigenschaft der Abschluss eines Rechtsgeschäfts beziehungsweise eines Vertrages ist. Hier ist die Definition im deutschen Recht deutlich weiter als auf EU-Ebene. Der Wortlaut des § 13 BGB deckt jede Art von Rechtsgeschäft ab.⁴³ In der Regel geht es hierbei allerdings um Verträge über Waren oder Dienstleistungen.⁴⁴ Kann das Vorliegen eines Vertrages angenommen werden, so kann nach dem Wortlaut beider Definitionen hier der Begriff des Verbrauchers verwendet werden. Allerdings kann der Verbraucher „nicht ohne den Bezug zum

⁴⁰ Kleiner, Die urheberrechtliche Wirksamkeit von Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke, 2019, 65.

⁴¹ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates.

⁴² Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

⁴³ Micklitz, in: MüKoBGB, § 13, Rn. 79.

⁴⁴ Micklitz, in: MüKoBGB, § 13, Rn. 8, 79.

Gegenstand des Verbraucherschutzes gedacht werden“⁴⁵. Der Verbraucherbegriff ist also stets abhängig von einem Bezugsrahmen und einer konkreten Situation. Klar ausgeschlossen von dem sachlichen Anwendungsbereich ist nach *Micklitz* ein besonderer Verbraucherschutz unabhängig von einem vertraglichen Verhältnis.⁴⁶ Die Zuordnung des Vertrages zu einem der Vertragstypen des BGB ist dabei irrelevant. Der Großteil der abgeschlossenen Plattformverträge ist wohl weder zu einer selbstständigen noch zu einer gewerblichen beruflichen Tätigkeit des Vertragsschließenden zuzuordnen.⁴⁷ Der Begriff Verbraucher kann also im Zusammenhang mit Plattformen verwendet werden. Er ist in diesem Kontext austauschbar mit dem Begriff des Nutzers.

d) Ausgestaltung durch AGB

Die vertraglichen Rechte und Pflichten werden im Einzelnen durch AGB ausgestaltet. Damit eine Anmeldung bei einer Social-Media- oder Content-Plattform erfolgen kann, muss deren Vertragsbedingungen zugestimmt werden. Diese bestehen häufig aus mehreren unterschiedlichen Regelungswerken. Unabhängig von deren Namen können diese AGB darstellen.⁴⁸ Es handelt sich bei den Vertragsbedingungen entsprechend der Definition in § 305 BGB jeweils um „für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte[] Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt“.⁴⁹ Auch werden sie in der Regel wirksam im Sinne des § 305 Abs. 2 BGB in das Vertragsverhältnis einbezogen.⁵⁰ Bei der Anmeldung wird auf die Vertragsbedingungen hingewiesen und in der Regel muss der Nutzer sich durch Setzen eines Häkchens mit diesen einverstanden erklären. Die AGB unterliegen als zwingende Regelungen des Verbraucherrechts, sofern es sich nicht um Leistungsbeschreibungen handelt, der AGB-Kontrolle. Abzugrenzen sind die AGB

⁴⁵ *Micklitz*, in: MüKoBGB, § 13, Rn. 4.

⁴⁶ *Micklitz*, in: MüKoBGB, § 13, Rn. 79.

⁴⁷ *Statista 2015*, Umfrage zur beruflichen und privaten Nutzung sozialer Netzwerke, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/175664/umfrage/gruende-fuer-nutzung-von-social-networks-in-deutschland/>. Umfrage von Tomorrow Focus Media aus dem Jahr 2015. Hiernach nutzen 70,9 % der Nutzer soziale Netzwerke ausschließlich privat. Die Tendenz gegenüber dem Jahr 2013 war sogar steigend, 2013 nutzten 68,9 % der befragten Personen soziale Netzwerke ausschließlich privat. Ausschließlich beruflich nutzen lediglich 3 % der Befragten im Jahr 2015 soziale Netzwerke. Hierzu auch oben unter Kapitel 3, I. 3.

⁴⁸ *Berberich*, MMR 2010, 736; *Schuster*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 305 BGB, Rn. 43.

⁴⁹ So auch *Kleiner*, Die urheberrechtliche Wirksamkeit von Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke, 2019, 34 ff.

⁵⁰ *Schuster*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 305 BGB, Rn. 44.

von Leistungsbeschreibungen, welche nicht der Kontrolle unterliegen.⁵¹ Bei den sogenannten „Gemeinschaftsstandards“ von Facebook beispielsweise ist die Abgrenzung zwischen AGB und Leistungsbeschreibung fließend.⁵²

e) Anwendbarkeit deutschen Rechts

Bei dem Plattformnutzungsvertrag handelt es sich um ein vertragliches Schuldverhältnis in Zivil- und Handelssachen. Daher ist nach Art. 1 Abs. 1 der Rom I-VO auf das Rechtsverhältnis zwischen Plattformen und ihren Nutzern die Rom I-VO anzuwenden. Sofern eine Rechtswahlklausel zugunsten deutschen Rechts in den Vertragsbedingungen aufgenommen ist, unterliegt der Vertrag deutschem Recht. Dies ergibt sich aus Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO, wonach ein Vertrag grundsätzlich dem von den Parteien gewählten Recht unterliegt.⁵³

Sofern keine Rechtswahlvereinbarung getroffen ist für Verträge, die mit in Deutschland ansässigen deutschen Verbrauchern geschlossen werden, ist dennoch in der Regel die Anwendbarkeit deutschen Rechts anzunehmen. Nach Art. 6 Abs. 1 lit. b Rom I-VO gilt für Verbraucherverträge das „Rechts des Staates in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat“ als anwendbar, sofern der Unternehmer seine „Tätigkeit auf irgend einer Weise auf diesen Staat [...] ausrichtet“. Bei einer Plattform, die in deutscher Sprache angeboten wird, deren Nutzungsbedingungen in deutscher Sprache verfügbar sind, und die erkennbar auf ein internationales Publikum ausgelegt ist, ist ein Ausrichtungswille auf deutsche Verbraucher anzunehmen.⁵⁴ Wurde durch eine Rechtswahlklausel eine andere Rechtsordnung als die deutsche vereinbart, so sind zwingende Normen des Verbraucherschutzes des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, nach Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO dennoch anzuwenden.

3. Nutzer und Rechteinhaber

Zwischen den Nutzern einer Plattform und Rechteinhabern besteht in der Regel keine vertragliche Beziehung. Über den Anspruch auf Unterlassung und Scha-

⁵¹ Metzger, JZ 2019, 577 (580); Spindler, CR 2019, 238 (Rn. 8 f.); Wurmnest, in: MüKo-BGB, § 307, Rn. 13 f.

⁵² Hierzu Spindler, CR 2019, 238 (Rn. 8 f.).

⁵³ So regelt beispielsweise Facebook in seinen Nutzungsbedingungen: „Wenn du ein Verbraucher bist und deinen ständigen Wohnsitz in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union hast, gelten die Gesetze dieses Mitgliedstaats für jeglichen Anspruch, Klagegegenstand oder Streitfall, den du uns gegenüber hast und der sich aus diesen Nutzungsbedingungen oder aus den Facebook-Produkten oder im Zusammenhang damit ergibt“ <https://de-de.facebook.com/terms>.

⁵⁴ Martiny, in: MüKoBGB, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 42.

densersatz aus § 97 UrhG kann, sofern ein Urheberrecht verletzt wurde, aber ein gesetzliches Schuldverhältnis entstehen. Nach Art. 17 Abs. 2 der DSM-RL werden Nutzer nunmehr in Lizenzvereinbarungen, die Plattformbetreiber mit Rechteinhabern schließen, einbezogen. Hierdurch entsteht aber keine unmittelbare vertragliche Beziehung zwischen Nutzern und Rechteinhabern. Teilweise sind Nutzer und Urheber auch in einer Person vereint, die Übergänge sind fließend.⁵⁵

Hinsichtlich der Frage des anwendbaren Rechts in dem Verhältnis zwischen dem Nutzer und dem Urheberrechtsinhaber, in dem kein Vertrag besteht, ist für die urheberrechtliche Zulässigkeit die Rom II-VO⁵⁶, welche außervertragliche Schuldverhältnisse regelt, relevant. Hier wird in Art. 8 das anzuwendende Recht bei Verletzungen von Immaterialgüterrechten geregelt. Nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO ist auf „außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums [...] das Recht des Staates anzuwenden, für den der Schutz beansprucht wird“.⁵⁷

II. Beeinflussung des Rechts durch Technologie im Verhältnis zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern

Das Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern ist durch Technologie geprägt; rechtliche Wertungen und die Möglichkeiten der Technologie bedingen sich, indem technische Möglichkeiten erst bestimmte Methoden der Regulierung ermöglichen. Eine Beeinflussung rechtlicher Sachverhalte durch Technologie kann daher beobachtet werden. Der BGH macht in seiner Rechtsprechung⁵⁸ die Zumutbarkeit der Prüfpflichten abhängig von den verfügbaren technischen Möglichkeiten.⁵⁹ Die in Art. 17 Abs. 4 der DSM-RL geforderten „hohe[n] branchenüblichen Standards“, die angesetzt werden müssen, werden gemeinhin als die Forderung nach einem Einsatz von Filtertechnologien angesehen.⁶⁰ Zentral bei der Betrachtung des Verhältnisses von Recht und Technologie ist der Grundsatz der Technologieneutralität. Die Bedeutung von Technologie als

⁵⁵ Hierzu auch oben unter Kapitel 3, I.

⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht.

⁵⁷ Ausführlich hierzu: *Maier*, *Remixe auf Hosting-Plattformen*, 2018, 101 ff.

⁵⁸ Siehe hierzu im Folgenden in diesem Kapitel unter III.

⁵⁹ Hierzu auch *Hofmann*, *ZGE/IPJ* 2019, 482 (488); *Specht*, *GRUR* 2019, 253 (254).

⁶⁰ *Dreier*, *GRUR* 2019, 771 (776); *Gielen/Tiessen*, *EuZW* 2019, 639 (644); *Hofmann*, *ZUM* 2019, 617 (621); *Hofmann*, *GRUR* 2019, 1219 (1220); *Kaesling*, *JZ* 2019, 586 (588); *Peters/Schmidt*, *GRUR Int.* 2019, 1006 (1009); *Pravemann*, *GRUR* 2019, 783 (784); *Specht*, *NJW* 2018, 3686 (3689); *Spindler*, *CR* 2019, 277 (Rn. 53). Siehe hierzu auch in diesem Kapitel unter IV. 1.

prägendes Element im Rechtsverhältnis zwischen Plattformen und Rechteinhabern wird daher im Folgenden vor dem Hintergrund der Forderung nach technologieneutralen Recht beleuchtet.

1. Technologieneutralität zur Sicherung des Vorrangs rechtlicher Wertungen

Der Grundsatz der Technologieneutralität umfasst zwei wesentliche Aspekte. Zum einen den des Überdauerns technologieneutraler Regelungen gegenüber technischen Entwicklungen. Zum anderen den des Vorrangs der rechtlichen Wertung gegenüber dem Einsatz der Technologie. Beide Aspekte spielen eine zentrale Rolle für Rechtsetzung und Rechtsprechung, die sich auf den Einsatz von Technologie zur Rechtsdurchsetzung bezieht.

Hildebrandt sieht „technology neutral law“ als einen Appell, Gesetze zu erlassen, die sich nicht auf eine bestimmte Technologie beziehen, beziehungsweise eine bestimmte Technologie bevorzugen, da dies Innovation hindere und solche Gesetze nicht nachhaltig seien.⁶¹ *Hildebrandt* bezieht sich dementsprechend auf die Regulierung bestimmter Technologien durch neue Gesetze und weniger auf die Durchsetzung bestehenden Rechts mithilfe bestimmter Technologien. Der Gedanke der bleibenden Bedeutung und Flexibilität der Technologieneutralität bleibt aber stets derselbe: Rechtliche Regelungen sollen sich nicht auf konkrete technische Merkmale beziehen, technologiespezifische Regeln bergen die Gefahr, durch technische Entwicklungen obsolet beziehungsweise unzeitgemäß zu werden.⁶²

Für das Urheberrecht besagt der Grundsatz der Technologieneutralität nach *Hofmann*, „dass aus der konkreten technischen Ausgestaltung keine unmittelbaren Rückschlüsse für die urheberrechtliche Bewertung gezogen werden dürfen.“⁶³ Es gelte das „Primat des Rechts gegenüber einem normativen Anspruch der Technik.“⁶⁴ Ähnlich fasst *Becker* das, was gemeinhin unter Technologieneutralität verstanden wird, als die „stärkere Berücksichtigung von Wertungen gegenüber technischen Gesichtspunkten“⁶⁵ zusammen. Die unter dem Begriff der Technologieneutralität geführte wissenschaftliche Auseinandersetzung bezieht sich im Urheberrecht zu großen Teilen auf die Anwendung und Auslegung von Verwertungsrechten und Schrankenbestimmungen auf neue technologische

⁶¹ *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, 174.

⁶² *Ohly*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014 Bd. I: Gutachten Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt, 2014, F 23; *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (227).

⁶³ *Hofmann*, ZGE/IPJ 2019, 482 (483).

⁶⁴ *Hofmann*, ZGE/IPJ 2019, 482 (483).

⁶⁵ *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239 (266).

Sachverhalte.⁶⁶ Im Zentrum steht die Überlegung, dass zwar technisch betrachtet eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung gegeben sein kann, aus der Perspektive der urheberrechtlichen Wertung allerdings nicht. Ein modernes Urheberrecht solle stärker wertend betrachten, als die technische Funktionsweise einzelner Nutzungen zu bewerten.⁶⁷ Dabei spielen beide Aspekte der Technologieneutralität, das Überdauern des technischen Fortschritts und das Primat der rechtlichen Wertungen eine Rolle.

Vorliegend relevant ist primär die Frage nach den Auswirkungen der Technologie auf das Recht bei der Durchsetzung von Recht mit technischen Mitteln wie Filtertechnologien. *Specht* plädiert auf der Ebene der Durchsetzung von Recht mit technischen Mitteln für „einen Dualismus aus techniksensitivem Recht und rechtssensitiven technischen Durchsetzungsbefugnissen“.⁶⁸ Hierdurch soll vermieden werden, dass die Rechtsdurchsetzung durch Technologie weiter reicht als das Recht selbst Befugnisse vorsieht und damit das Recht durch Technik unterwandert wird.⁶⁹

Das Maß der durch das Recht gebotenen Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums und der Auslegung und Anwendung bestehenden Rechts darf nicht von dem Ziel geprägt sein, technische Möglichkeiten bis zum Äußersten auszureizen. Für diese Forderung legt der Grundsatz der Technologieneutralität auf der Ebene der Rechtsdurchsetzung die Grundlage. Die rechtlichen Wertungen müssen der Maßstab der Rechtsdurchsetzung sein.

2. Technische Möglichkeiten als Faktor in der rechtlichen Wertung

Bei der Umsetzung rechtlicher Wertungen wiederum kann Technologie aber als Hilfsmittel eingesetzt werden. Als solches ist Technologie freilich nicht neutral.⁷⁰ Technologie als ein wertungsfreies Werkzeug zu sehen, würde einem instrumentalistischen Verständnis von Technologie entsprechen,⁷¹ das den verhaltenssteuernden Faktor von Technologie verkennt. Gegen ein solches Ver-

⁶⁶ *Specht*, GRUR 2019, 253 (254). *Specht* differenziert zwischen unmittelbarer und mittelbarer Beeinflussung von Recht durch Technik. Hierbei versteht sie unter unmittelbarer Beeinflussung von Recht durch Technik die Auslegung und Anwendung von Verwertungsrechten und Schrankenbestimmungen auf neue technische Sachverhalte und unter mittelbarer Beeinflussung die Bedeutung technischer Mittel für Auslegung, Anwendung und Durchsetzung von Rechten und Pflichten aus dem Urheberrecht.

⁶⁷ *Becker*, ZGE/IPJ 2016, 239 (267 f.).

⁶⁸ *Specht*, GRUR 2019, 253 (255).

⁶⁹ *Specht*, GRUR 2019, 253 (254 f.).

⁷⁰ *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, 163. Siehe hierzu auch oben unter Kapitel 2, I. 2. und 3.

⁷¹ *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2016, 162.

ständnis von Technologie spricht auch *Kranzberg*, der als erstes sogenanntes *Kranzberg'sche* Gesetz prägnant formuliert: „Technology is neither good nor bad; nor is it neutral.“⁷² Der Wertungsmaßstab muss dem Recht vorbehalten bleiben, doch aufgrund der Unmöglichkeit von Technologie neutral zu sein, kann nicht gesagt werden, dass die Technologie eine lediglich unterstützende Funktion hat.⁷³ Technologie kann wie Recht als eine, dabei sogar intensivierte, Methode genutzt werden, Verhalten zu regulieren.⁷⁴ Hierdurch verleiht die Technologie zum Beispiel der Wertung, dass Plattformbetreiber haften sollen, erst praktische Relevanz. Ohne Technologie wäre eine solche Wertung praktisch kaum umsetzbar, wodurch die faktische sowie die juristische Geltung der entsprechenden rechtlichen Regel stark eingeschränkt wäre. Das heißt, die *Affordanz* der Technologie prägt die rechtlichen Möglichkeiten und hat dadurch einen normativen Einfluss, dass sie die Möglichkeiten der Umwelt eines Menschen, der sich ihrer bedient, verändert.⁷⁵ Technologie und Recht sind daher stets in ihrem Zusammenhang miteinander, aber auch mit dem sonstigen gesellschaftlichen Umfeld, durch welches sie beeinflusst werden und das sie jeweils beeinflussen, zu sehen.⁷⁶ Im besten Fall soll die Technologie als ein befähigendes Werkzeug dienen, ähnlich einem Auto, das ermöglicht, bestimmte Orte zu erreichen und die Diskussion über die Option, diesen Ort zu erreichen, eröffnet, aber nicht vorgibt, dass bestimmte Orte erreicht werden sollten oder gar müssen.⁷⁷

Dass Wertungen, die sich aus technischen Möglichkeiten ergeben in die rechtliche Bewertung einfließen, ist erkennbar in der Rechtsprechung, die das Maß der Prüfpflichten an den technischen Möglichkeiten festmacht. So wird in keinem der entsprechenden Urteile eine konkrete technische Pflicht auferlegt. Doch wird die Pflicht auferlegt, Rechtsverletzungen durch Dritte zu verhindern, was für Plattformbetreiber in der Praxis nur durch eine Filterung umsetzbar ist. Dies erkennen die Gerichte und schlagen auch den Einsatz von Software zu diesem Zweck vor.⁷⁸ Die rechtliche Wertung, ob der Plattformbetreiber für einen Urheberrechtsverstoß von Nutzern haftet, macht der BGH in *Internet-Versteigerung III* abhängig von der technischen Erkennbarkeit.⁷⁹ Der BGH sieht die Prüfpflichten der Plattformbetreiber dynamisch an die technischen Möglichkeiten

⁷² *Kranzberg*, *Technology and Culture* 1986, 544 (545).

⁷³ *Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, 162.

⁷⁴ *Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, 165; mit Verweis auf *Lessig*, *Code 2.0*, 2006. Siehe hierzu auch unter Kapitel 2, I, 2.

⁷⁵ *Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, 162.

⁷⁶ Hierzu auch *Kranzberg*, *Technology and Culture* 1986, 544 (545 ff.).

⁷⁷ Zu einem erhellenden Vergleich über die Möglichkeiten eines Autos: *Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, 162.

⁷⁸ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (3105).

⁷⁹ BGH, Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 (Rn. 31).

angepasst. In Internet-Versteigerung II führt er aus, die in Zukunft verfügbaren technischen Möglichkeiten seien nicht absehbar und daher könnten die Grenzen der Zumutbarkeit der Prüfpflicht nicht präzisiert werden.⁸⁰ An diesem Punkt kann freilich diskutiert werden, inwiefern ein Verständnis zugrunde liegt, das auf Wertungsebene aus dem Recht schöpft und die Technologie lediglich als Umsetzung der rechtlichen Wertung dient, wenn hierin die Wertung liegt, dass die Haftung genau so weit reicht wie die Technologie dies erlaubt. Doch im Ergebnis kann auch hier die rechtliche Wertung entnommen werden, dass die Plattformbetreiber haften sollen, aber ihnen gleichzeitig nichts Unmögliches abverlangt werden kann. Deutlich im Sinne der Neutralität gegenüber einer bestimmten Technologie äußert sich das OLG Hamburg in GEMA gegen YouTube, indem es feststellt, dass die Methode, mit der der Plattformbetreiber Urheberrechtverletzungen durch Dritte verhindert, nicht Gegenstand des Verfahrens sei.⁸¹ Mit dem Urteil *Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland Limited (2019)*⁸² äußert sich der EuGH zu der Frage der Automatisierbarkeit des Erkennens sinngleicher Inhalte im Bereich des Äußerungsrechts in Bezug auf sogenannte Hassrede. Durch eine Verpflichtung, auch sinngleiche Inhalte zu löschen, werde ein Plattformbetreiber dann nicht übermäßig belastet, wenn keine eigene Bewertung des Inhalts durch den Plattformbetreiber notwendig ist, der Verpflichtung also durch automatisierte Filtersysteme nachgekommen werden kann.⁸³ Die Vereinbarkeit der Prüfpflichten wird somit im Äußerungsrecht von der Automatisierbarkeit der Durchführung durch Filtertechnologien, in diesem Fall Wortfilter, abhängig gemacht.⁸⁴ Die Glawischnig-Rechtsprechung lässt sich nur schwerlich auf das Urheberrecht übertragen, da im Äußerungsrecht und im Urheberrecht unterschiedliche Maßstäbe angewendet werden, doch zeigt es einmal mehr wie die Rechtsprechung eine Verknüpfung zwischen rechtlicher Zulässigkeit und der Automatisierbarkeit von Prüfpflichten zieht.

Dem Art. 17 Abs. 4 der DSM-RL liegt dieselbe Annahme zugrunde. Auch hier wird nicht statuiert, dass Plattformen künftig technische Mittel oder gar eine bestimmte Technologie einsetzen müssen. Sie müssen lediglich „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen [haben], um sicherzustellen, dass bestimmte Werke [...] nicht verfügbar sind“. Demensprechend hat hier die Verfügbarkeit der Technologie Ein-

⁸⁰ BGH, Ur. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 48).

⁸¹ OLG Hamburg, Ur. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 373).

⁸² EuGH, Ur. v. 03.10.2019, C 18/18, GRUR 2019, 1208 – Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland.

⁸³ EuGH, Ur. v. 03.10.2019, C 18/18, GRUR 2019, 1208 (Rn. 46) – Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland.

⁸⁴ *Peifer*, GRUR-Prax 2019, 534.

fluss auf die rechtliche Wertung, doch hängt die rechtliche Wertung nicht von einer bestimmten Technologie ab. Die Norm wahrt insbesondere die Unabhängigkeit von technischen Entwicklungen, da auf die jeweiligen branchenüblichen Standards abgestellt wird. Gleichzeitig haben Filtertechnologien einen großen Einfluss auf das Urheberrecht, indem sie bestimmte Möglichkeiten der Urheberrechtsdurchsetzung erst ermöglichen.⁸⁵ Entscheidend ist dabei, dass die technischen Möglichkeiten nicht dazu führen, dass die Erwartung entsteht, dass sich die rechtliche Zulässigkeit, sei es hinsichtlich der Durchsetzung von Rechten oder hinsichtlich der Nutzung von verfügbaren Werken, hieran orientiert.⁸⁶

Im Ergebnis stellt sich das Recht zwar als neutral hinsichtlich des Einsatzes konkreter Technologien dar und erkennbar stehen urheberrechtliche Wertungen im Vordergrund. Weder der Rechtsprechung noch der Rechtsetzung der EU bei der Verabschiedung des Art. 17 der DSM-RL kann vorgeworfen werden, Technologieneutralität in der Rechtsfindung und Rechtsetzung zu missachten. Doch ist dieses Ergebnis allein noch nicht zufriedenstellend, um den unter Kapitel 2 herausgearbeiteten Auswirkungen des Steuerungscharakters von Technologie zu begegnen. Im Folgenden ist daher vertieft die Rolle von Technologie in der Rechtsprechung zum Einsatz von Filtertechnologien sowie in Art. 17 der DSM-RL und auch dem UrhDaG als Umsetzung des Art. 17 DSM-RL zu untersuchen.

III. Rechtsprechung zum Einsatz von Filtertechnologien

Das Verhältnis zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern wurde bislang entscheidend durch die Rechtsprechung geprägt. Im Folgenden wird daher vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen vertieft die Position der Rechtsprechung in Bezug auf den Einsatz von Filtertechnologien im Verhältnis zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern untersucht. Die Analyse der bisherigen Linie der Rechtsprechung diesbezüglich ist von Bedeutung für die Position der Nutzer und für die Auslegung der diese schützenden Normen.

1. Störerhaftung von Diensteanbietern

Der BGH hat in einer Reihe von Entscheidungen eine Störerhaftung von Diensteanbietern angenommen und den Einsatz von Filtertechnologien im Rahmen der Prüfpflichten zur Rechtsverletzungsverhinderung nahegelegt. Die Störerhaftung

⁸⁵ *Specht*, GRUR 2019, 253 (255).

⁸⁶ *Specht*, GRUR 2019, 253 (255). *Specht* geht davon aus, dass die technischen Möglichkeiten zu der Erwartung führen, dass das technisch Mögliche auch rechtlich zulässig sei.

ergibt sich aus dem quasinegatorischen Unterlassungsanspruch nach § 1004 BGB analog. Störer ist nach der Definition der Rechtsprechung „wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt“⁸⁷. Voraussetzung der Haftung ist zudem eine

„Verletzung von Verhaltenspflichten, insbesondere von Prüfungs- oder Überwachungspflichten [...]. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Verhinderung der Verletzungshandlung zuzumuten ist“⁸⁸.

Aus der Konkretisierung dieser Definition ergibt sich die relevante Rechtsprechung zum Einsatz von Filtertechnologien. Der Einsatz von Filtertechnologien stellt nach der Rechtsprechung eine Maßnahme dar, um der Sorgfaltspflicht als Störer nachzukommen und so einer Haftung zu entgehen. Die Relevanz der Störerhaftung ist in der Zukunft im urheberrechtlichen Kontext wohl eher gering.⁸⁹ In Art. 17 Abs. 1 DSM-RL beziehungsweise der Umsetzung der Norm in § 1 UrhDaG ist ein Haftungskonzept vorgesehen, nach dem die von der Richtlinie umfassten Diensteanbieter unmittelbar täterschaftlich für Inhalte, die von Nutzern hochgeladen werden, haften sollen. Von Bedeutung ist die Störerhaftung für die hiesige Untersuchung, als dass an der Frage, welche Prüfungs- und Überwachungspflichten im Rahmen der Störerhaftung zumutbar sind, die Linie der Rechtsprechung in Bezug auf den Einsatz von Filtertechnologien und den Umfang von deren Einsatz deutlich wird. Die relevanten Entscheidungen der Rechtsprechung in Deutschland beziehen sich teilweise auf das Markenrecht, das insbesondere im Zusammenhang mit Verkaufsplattformen relevant wird, so die Urteile Internet-Versteigerung I-III, welche aufgrund der wegweisenden Ausführungen zu Filterpflichten im Rahmen der Störerhaftung genauer betrachtet werden. Ebenfalls in diesem Zusammenhang stehend sind die Urteile Kinderhochstühle im Internet I-III⁹⁰ sowie Stiftparfum⁹¹. Diese seien an dieser Stelle lediglich erwähnt. Zudem spielt der Einsatz von Filtertechnologien eine Rolle im

⁸⁷ BGH, Urt. v. 05.02.2015 – I ZR 240/12, GRUR 2015, 485 (Rn. 49); Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 (Rn. 50).

⁸⁸ BGH, Urt. v. 05.02.2015 – I ZR 240/12, GRUR 2015, 485 (Rn. 49); Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 (Rn. 50).

⁸⁹ Eine Rolle wird die Störerhaftung in der Zukunft noch für die Haftung von Diensteanbietern, die nicht nach § 2 von dem UrhDaG erfasst sind, beziehungsweise nach § 3 UrhDaG von dessen Anwendungsberich ausgeschlossen sind, spielen. Für deren Haftung wird das Urteil des EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 – YouTube Uploaded maßgeblich sein. Hierzu auch in diesem Kapitel unter 4. c).

⁹⁰ BGH, Urt. v. 22.07.2010 – I ZR 139/08, GRUR 2011, 152; Urt. v. 16.05.2013 – I ZR 216/11, GRUR 2013, 1229; Urt. v. 05.02.2015 – I ZR 240/12, GRUR 2015, 485.

⁹¹ BGH, Urt. v. 17.08.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038.

Wettbewerbsrecht, wobei hierauf nicht vertieft eingegangen werden soll.⁹² Der Fokus liegt in der hiesigen Betrachtung aufgrund dogmatischer Unterschiede zum gewerblichen Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht auf Urteilen, die sich auf das Urheberrecht beziehen. Vertieft wird im Folgenden auf die Urteile *Alone in the Dark*, *File-Hosting-Dienst* und *Filmverleih gegen Rapidshare* sowie die Entscheidung *GEMA gegen YouTube* des OLG Hamburg eingegangen. Auf europäischer Ebene hat sich der EuGH mit Filterpflichten zum Schutz von geistigen Eigentumsrechten und insbesondere mit deren Grenzen und deren grundrechtlicher Dimension in den Entscheidungen *L'Oréal/eBay*, *Scarlet/SABAM* und *SABAM/Netlog* sowie *YouTube* und *Uploaded* befasst.⁹³

2. Überblick über die relevante Rechtsprechung der deutschen Gerichte

Maßgebliche Aspekte bei der Analyse der Urteile des BGH zum Einsatz von Filtertechnologien zur Durchsetzung von Urheberrechten sind die *Art* der vom BGH betrachteten Filtertechnologie, also Wortfilter oder Bildfilter und der *Umfang* des geforderten Einsatzes zum Zweck der Identifizierung einer konkreten Rechtsverletzung oder auch kerngleicher Rechtsverletzungen. An dieser Stelle genannt, vertieft diskutiert aber unter Kapitel 5 werden die Differenzierung proaktiver und reaktiver Maßnahmen, hierbei insbesondere die Feststellungen zum Verbot einer allgemeinen Überwachungspflicht sowie die Position des BGH zu der Gefahr von Fehlbeurteilungen durch Filtertechnologien und notwendige manuelle Nachkontrollen.

a) BGH: Internet-Versteigerung I-III

In den dem Markenrecht entstammenden Urteilen *Internet-Versteigerung I-III* geht es um den Verkauf von Uhren, welche auf einer Verkaufsplattform unter dem geschützten Markennamen *Rolex* angepriesen wurden. In dem Urteil *Internet-Versteigerung I* aus dem Jahr 2004 spricht der BGH die Verpflichtung aus, der Plattformbetreiber müsse „Vorsorge treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren derartigen Markenverletzungen kommt“⁹⁴. Der BGH führt aus: „Möglicherweise kann sich die Bkl. hierbei einer Software bedienen, die entsprechende Verdachtsfälle aufdeckt“⁹⁵. Der BGH spricht also keine direkte Verpflichtung zum Einsatz von Filtern aus, er sieht den Einsatz von Technologie jedoch als

⁹² BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890; Urt. v. 22.07.2010 – I ZR 139/08, GRUR 2011, 152.

⁹³ Diese werden in diesem Kapitel unter 4. genauer betrachtet.

⁹⁴ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (3105).

⁹⁵ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (3105).

naheliegende Möglichkeit, den Pflichten, welche er dem Plattformbetreiber aufgibt, nachzukommen. Angesichts der Anknüpfungspunkte, von welchen der BGH ausgeht – niedriger Preis, Hinweise auf Nachbildungen⁹⁶ – anhand derer die Filtertechnologie Rechtsverletzungen aufspüren soll, ist anzunehmen, dass der BGH hier von dem Einsatz einer Wortfiltertechnologie ausgeht. Die Prüfpflicht umfasst auch die Pflicht, Vorsorge zu treffen, dass es nicht zu weiteren „derartigen“ Rechtsverletzungen kommt.⁹⁷ In Betracht des Umfangs der Prüfpflicht ist kaum eine andere Möglichkeit der Aufspürung von Rechtsverletzungen als der Einsatz von Filtern ersichtlich. Eine Verletzung von Prüfpflichten des Plattformbetreibers sieht der BGH dann ausgeschlossen, wenn die Verletzung in dem Filterverfahren nicht erkennbar war.⁹⁸ Unzumutbar sei die Prüfpflicht, wenn sie das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellen würde.⁹⁹ Dies sei der Fall bei einer Pflicht, „jedes Angebot vor Veröffentlichung [...] auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen“.¹⁰⁰

In dem Urteil Internet-Versteigerung II aus dem Jahr 2007 baut der BGH auf dem Urteil Internet-Versteigerung I auf. Hier geht es wiederum um die Möglichkeit des Plattformbetreibers Wortfilter („einer Filtersoftware bedienen [...]“, die durch Eingabe von entsprechenden Suchbegriffen Verdachtsfälle aufspürt“¹⁰¹) einzusetzen, als Grundlage für die Zumutbarkeit der Prüfpflicht. Unzumutbar sei eine Prüfpflicht, die nicht anhand der Eingabe bestimmter Merkmale in ein Suchsystem erfüllbar ist.¹⁰² Neu ist gegenüber dem Urteil Internet-Versteigerung I, dass der BGH statuiert, die von der Filtersoftware gefundenen Verdachtsfälle müssen „gegebenenfalls manuell überprüft werden“¹⁰³. Auch betont der BGH, die in der Zukunft verfügbaren technischen Möglichkeiten zur Filterung seien nicht absehbar, daher können die Grenzen der Zumutbarkeit zum derzeitigen Zeitpunkt nicht mit Präzision bestimmt werden.¹⁰⁴ Der Einsatz von Filtertechnologien wird wiederum nur als mögliche Maßnahme genannt, um den Prüfpflichten nachzukommen, gleichzeitig wird der Umfang der Prüfpflicht an der technischen Möglichkeit der Filterung festgemacht.

In dem Urteil Internet-Versteigerung III aus dem Jahr 2008 werden die beiden vorangegangenen Urteile bestätigt und noch einmal betont, dass die Haftung von

⁹⁶ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (3105).

⁹⁷ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (3105).

⁹⁸ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (3105).

⁹⁹ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (3105) unter Verweis auf Erwägungsgrund 42 der E-Commerce-RL.

¹⁰⁰ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102 (3105).

¹⁰¹ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 47).

¹⁰² BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 47).

¹⁰³ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 47).

¹⁰⁴ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 48).

einer möglichen Erkennbarkeit der Verletzung durch den Einsatz eines Filtersystems mit eventuell anschließender manueller Kontrolle abhängig ist und dass der Aufwand für die Erkennung durch die Möglichkeit des Einsatzes des Filtersystems auch zumutbar ist.¹⁰⁵ Eine Haftung scheide aus, wenn die Verletzung nicht durch Filtersysteme mit anschließender manueller Kontrolle erkennbar war.¹⁰⁶

Im Ergebnis statuiert der BGH in keinem der Urteile eine Verpflichtung zum Einsatz von Filtern. Er nennt diese als mögliche zumutbare Maßnahme der Plattform, um ihren Pflichten nachzukommen. Gleichzeitig adjustiert der BGH den Umfang der Pflicht anhand der zur Verfügung stehenden Technologie. Er erachtet eine manuelle Nachkontrolle als in bestimmten Fällen notwendig.

b) BGH: Alone in the Dark, File-Hosting-Dienst und Filmverleih gegen Rapidshare

In den Urteilen *Alone in the Dark* und *File-Hosting-Dienst* sowie dem Parallelverfahren *Filmverleih gegen Rapidshare* geht es jeweils um urheberrechtlich geschützte Werke, die über die Plattform Rapidshare von Nutzern hoch- und heruntergeladen (geteilt) werden konnten.

In dem Urteil *Alone in the Dark* aus dem Jahr 2012 verpflichtet der BGH den Plattformbetreiber nicht nur neue Uploads durch einen Wortfilter auf die Wortfolge „*Alone in the Dark*“ (den Namen des Computerspiels der Klägerin) hin zu überprüfen, sondern mittels eines Wortfilters auch den bisherigen Bestand der auf der Plattform gespeicherten Dateien auf die Wortfolge hin zu überprüfen.¹⁰⁷ Auch gleichartige Rechtsverletzungen müssen verhindert werden.¹⁰⁸ Zudem sieht der BGH es auch als zumutbar an, eine manuelle Nachkontrolle der Ergebnisse des Wortfilters vorzunehmen.¹⁰⁹ Die Tatsache, dass auch hierdurch die Möglichkeit einer Rechtsverletzung nicht vollständig ausgeschlossen werden kann, führt nach dem BGH nicht dazu, dass der Einsatz des Wortfilters in Kombination mit einer manuellen Nachkontrolle als solcher ungeeignet sein könnte.¹¹⁰ Auch umgekehrt macht nach dem Urteil die Möglichkeit, dass hierdurch in Einzelfällen auch legale Kopien des Spiels von dem Server der Plattform gelöscht werden könnten, den Einsatz des Wortfilters mit manueller Nachkontrolle nicht unzumutbar.¹¹¹ Eine allgemeine Überwachungspflicht, insbesondere Kontrollen, die das Geschäftsmodell wirtschaftlich gefährden können, wird jedoch

¹⁰⁵ BGH, Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 (Rn. 31).

¹⁰⁶ BGH, Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 (Rn. 53).

¹⁰⁷ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 34 f.).

¹⁰⁸ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 32).

¹⁰⁹ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 35).

¹¹⁰ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 35).

¹¹¹ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 45).

mit Verweis auf § 7 Abs. 2 S. 1 TMG als unzulässig abgelehnt.¹¹² Eine proaktive Überprüfung unabhängig von einem konkreten Hinweis könne daher nicht verlangt werden.¹¹³

In dem Urteil File-Hosting-Dienst aus dem Jahr 2013 hat der BGH den Plattformbetreiber wiederum verpflichtet, den Zugang zu dem konkreten Werk zu sperren sowie gleichartige Rechtsverletzungen zu verhindern.¹¹⁴ Der Plattformbetreiber soll nach dem BGH alles ihm „technisch und wirtschaftlich Zumutbare“¹¹⁵ tun, um weitere Rechtsverletzungen zu verhindern. Rechtsverletzungen sollen über einen Wortfilter aufgedeckt werden.¹¹⁶ Den Einsatz von MD5-Filtern allerdings sieht der BGH als kaum wirkungsvoller als den Hinweis in den Nutzungsbedingungen der Plattform, dass das Einstellen von urheberrechtsverletzenden Werken unzulässig sei, da diese Filter nur identische Dateien erkennen.¹¹⁷ Auch eine „regelmäßige Kontrolle“ sei zumutbar.¹¹⁸ Im Rahmen einer „allgemeinen Marktbeobachtungspflicht“ sollen gegebenenfalls Webcrawler eingesetzt werden.¹¹⁹ Dies sei zumutbar und geboten.¹²⁰ Der BGH wiederholt, dass die Möglichkeit der Löschung rechtmäßiger Sicherungskopien die getroffenen Maßnahmen zur Erfüllung der Prüfpflichten, also der Einsatz von Wortfiltern, nicht unzumutbar macht.¹²¹ Die Grenze ist wiederum das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten; die vom BGH aufgestellten Grundsätze seien vereinbar mit der Rechtsprechung des EuGH hierzu in der Entscheidung L'Oréal/eBay.¹²² In dem Parallelverfahren Filmverleih gegen Rapidshare betont der BGH zudem, dass der Einsatz eines Wortfilters nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des EuGH in der Entscheidung SABAM¹²³ stehe.¹²⁴

c) OLG Hamburg: GEMA gegen YouTube

In dem Verfahren GEMA gegen YouTube¹²⁵ aus dem Jahr 2015 hat die Verwertungsgesellschaft GEMA gegen den Betreiber der Plattform YouTube vor dem

¹¹² BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 19, 28).

¹¹³ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 19, 28).

¹¹⁴ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 46).

¹¹⁵ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 47).

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 61).

¹¹⁷ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 52 f.).

¹¹⁸ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 58).

¹¹⁹ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 60).

¹²⁰ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 60).

¹²¹ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 62).

¹²² BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 30).

¹²³ Hierzu in diesem Kapitel unter 4. b).

¹²⁴ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (Rn. 61).

¹²⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370.

LG Hamburg geklagt und im Anschluss beim OLG Hamburg Berufung eingelegt, da die GEMA durch von Nutzern auf der Plattform geteilte Videos die Urheberrechte ihrer Mitglieder verletzt sah. Ein Revisionsverfahren war beim BGH anhängig.¹²⁶ Zu einer Entscheidung kam es allerdings aufgrund einer Einigung zwischen den Parteien, deren genauer Inhalt nicht bekannt ist, nicht.¹²⁷ Das OLG Hamburg hat sich in der Urteilsbegründung ausführlich zu den Prüfpflichten der Plattformbetreiber¹²⁸ und – wenn auch im Verhältnis relativ knapp – zu den hierdurch betroffenen Rechten der Nutzer¹²⁹ geäußert. Das OLG führt aus, dass die Wahl der Methode, mithilfe derer Urheberrechtsverletzungen über die Plattform YouTube in Zukunft unterbunden werden können, nicht Gegenstand des Verfahrens seien.¹³⁰ Es müsse daher nicht beweiskräftig festgestellt werden, ob Wortfilter oder das Content-ID-Verfahren von YouTube „in wissenschaftlich-technischer Hinsicht ausgereifte Mechanismen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen sind“¹³¹. Die Auswahl einer geeigneten Methode stehe in der alleinigen Verantwortung der beklagten Plattformbetreiber.¹³² Es sei grundsätzlich nicht die Aufgabe der Gerichte, den Weg zum rechtskonformen Ergebnis im Einzelnen vorzuschreiben.¹³³ Das OLG stellt klar, dass jegliche Ausführungen zu konkreten Maßnahmen, die gemacht wurden, lediglich eine Hilfestellung für die Beklagten darstellen sollten und Möglichkeiten aufzeigen, jedoch keineswegs verpflichtend seien.¹³⁴ Im Folgenden erörtert das OLG konkrete Methoden zur Rechtsverletzungsverhinderung, stellt dieser Erörterung jedoch voran, dass die Ausführungen lediglich dem Zweck dienen, die Geeignetheit der unterschiedlichen Maßnahmen abzuwägen und klarzustellen, welche Partei welche Maßnahme ergreifen müsste.¹³⁵ Hierbei geht das OLG in Bezug auf technische Verfahren auf das MD5-Verfahren¹³⁶, das Content-ID Verfahren von YouTube¹³⁷ und Wortfilter¹³⁸

¹²⁶ Unter dem Aktenzeichen I ZR 156/15.

¹²⁷ Siehe hierzu: *Hanfelfeld*, Frankfurter Allgemeine Zeitung 02.11.2016, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/youtube-zahlt-gema-was-die-einigung-bedeutet-14507780.html>.

¹²⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 373 ff.).

¹²⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 351 f.). So soll unter anderem der Datenschutz hinter der unbedingten Pflicht der Plattformbetreiber zu Schutz des Urheberrechts zurücktreten (Rn. 352). Zu den Rechten der Nutzer ausführlich unter Kapitel 5.

¹³⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 373).

¹³¹ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 373).

¹³² OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 373).

¹³³ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 373).

¹³⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 373).

¹³⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 374).

¹³⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 361 ff.).

¹³⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 383 ff.).

¹³⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 415 ff.).

ein. So erachtet das OLG das MD5-Verfahren, genau wie zuvor der BGH in dem Urteil File-Hosting-Dienst, als nicht ausreichend, da dieses lediglich absolut identische Inhalte erkennen könne.¹³⁹ Das Content-ID Verfahren in Verbindung mit dem Dispute Verfahren von YouTube hält das OLG für geeignet, Rechtsverletzungen vorzubeugen.¹⁴⁰ Interessant ist insofern, dass das OLG die Frage der Exaktheit des Content-ID Verfahrens für nicht weiter erörterungswürdig erachtet.¹⁴¹ Zu Wortfiltern führt das OLG aus, dass zusätzlich zu dem Einsatz des Content-ID Verfahrens der Einsatz von Wortfiltern zur Unterbindung von Rechtsverletzungen zumutbar sei.¹⁴² Hinsichtlich der Filterung von Inhalten, die nicht rechtsverletzend sind, äußert sich das OLG dahingehend, dass dies entsprechend der Rechtsprechung des BGH in *Alone in the Dark* hinzunehmen sei.¹⁴³ Die Prüfpflichten des Plattformbetreibers richten sich nach dem OLG nur auf die Zukunft, eine „Rückwärtssuche“ habe nicht zu erfolgen.¹⁴⁴ In Bezug auf eine Pflicht zur Überprüfung jedes Uploads führt das OLG mit Verweis auf die Rechtsprechung des BGH in *File-Hosting-Dienst* und *Internet-Versteigerung I* wiederum aus, dass eine solche Pflicht nicht zumutbar sei, da diese das Geschäftsmodell des Plattformbetreibers gefährden würde.¹⁴⁵ Zudem stehe einer solchen Überwachungspflicht Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-RL entgegen.¹⁴⁶ Die Verhinderung eines erneuten Uploads eines bereits entdeckten rechtsverletzenden Werkes sei hingegen zumutbar.¹⁴⁷ Der Plattformbetreiber ist verpflichtet, das Hochladen „aller neu eingestellten Interpretationen des Werks zu verhindern“¹⁴⁸. Gleichzeitig bestehe hierbei gerade keine Verpflichtung zur vollständigen Überwachung (unter Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH in *Scarlet/SABAM* und *SABAM/Netlog*).¹⁴⁹ Abweichend von den jeweiligen Situationen in *Scarlet/SABAM* und *SABAM/Netlog* gehe es hier gerade nicht um „anlasslose, vollständige, proaktive Überprüfung des gesamten Datenbestandes“¹⁵⁰. Die Prüfpflichten erfüllt

¹³⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 382).

¹⁴⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 384 f.).

¹⁴¹ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 387).

¹⁴² OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 415, 421).

¹⁴³ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 432).

¹⁴⁴ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 314, 388).

Anders BGH in *Alone in the Dark* BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 34 f.), hier fordert der BGH gerade die Überprüfung des bisherigen Bestandes. So auch *Frey*, MMR 2016, 275 (277).

¹⁴⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 376).

¹⁴⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 377).

¹⁴⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 382).

¹⁴⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 389).

¹⁴⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 441 ff.).

¹⁵⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 442).

der Plattformbetreiber aber nach Ansicht des OLG nur dann ausreichend, wenn das Verfahren durch diesen eingeleitet wird.¹⁵¹ Die Möglichkeit des Rechteinhabers, über das durch den Plattformbetreiber zur Verfügung gestellte Verfahren selbst tätig zu werden, sei insofern nicht ausreichend.¹⁵²

3. Faktische Auferlegung von Filterpflichten durch die Rechtsprechung

Gemeinsam ist den genannten Urteilen, dass den Plattformbetreibern de facto eine Pflicht zur Filterung rechtsverletzender Inhalte, welche durch Nutzer der Plattform zur Verfügung gestellt werden, auferlegt wird, diese Pflicht aber nicht als solche formuliert wird.¹⁵³ Der BGH formuliert jeweils anhand der Voraussetzungen für eine Erfüllung der Prüfpflichten des Störers,¹⁵⁴ beziehungsweise im Wettbewerbsrecht anhand der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten,¹⁵⁵ wie weit die Maßnahmen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen gehen müssen.¹⁵⁶ Aus der praktischen Möglichkeit, diese Pflichten zu erfüllen, ergibt sich jeweils die Notwendigkeit des Einsatzes von Filtertechnologien. Dies erkennt der BGH auch, denn für die Frage der Zumutbarkeit der jeweiligen Prüfpflichten kommt es dem BGH wiederum auf deren Automatisierbarkeit an.¹⁵⁷ Somit bedingen sich die Möglichkeit der Filterung und die Zumutbarkeit der Prüfungsverpflichtung gegenseitig.

4. Eingrenzung durch die Rechtsprechung des EuGH?

Auch der EuGH hat sich mit den Prüfpflichten von Plattformbetreibern zum Schutz des geistigen Eigentums befasst und sich gleichzeitig zu dem zulässigen Umfang des Einsatzes von Filtertechnologien zur Rechtsdurchsetzung geäußert.

a) *L'Oréal/eBay*

Das Urteil des EuGH *L'Oréal/eBay*¹⁵⁸ aus dem Jahr 2011 betrifft eine Vorlagefrage aus dem Gebiet des Markenrechts. Relevant ist insbesondere die Entschei-

¹⁵¹ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 384, 391 ff.).

¹⁵² OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 384, 391 ff.).

¹⁵³ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 413.

¹⁵⁴ BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, NJW 2004, 3102; Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636; Urt. v. 22.07.2010 – I ZR 139/08, GRUR 2011, 152; so in Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370; Urt. v. 16.05.2013 – I ZR 216/11, GRUR 2013, 1229.

¹⁵⁵ BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890.

¹⁵⁶ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 414.

¹⁵⁷ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 415, 438 f.

¹⁵⁸ EuGH, Urt. v. 12.07.2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 – *L'Oréal/eBay*.

dung des EuGH hinsichtlich der zehnten Vorlagefrage. Diese betrifft die Zulässigkeit einer gerichtlichen Anordnung, die einem Betreiber eines Online-Marktplatzes aufgibt, künftige Markenrechtsverletzungen über die Plattform zu verhindern und falls eine solche zulässig ist, welche Art der Anordnung dies sein kann. Es geht also insbesondere um Art. 11 S. 3 der Durchs-RL¹⁵⁹. Art. 11 S. 3 Durchs-RL wurde im deutschen Recht nicht umgesetzt, da nach Auffassung der Bundesregierung im deutschen Recht das von der Rechtsprechung entwickelte Institut der Störerhaftung die Vorgaben der Norm bereits erfüllt.¹⁶⁰ Der EuGH äußert sich in *L'Oréal/eBay* dahingehend, dass auch die Verpflichtung zur Ergreifung von vorbeugenden Maßnahmen zulässig ist¹⁶¹ und bestätigt damit die bisherige Rechtsprechung des BGH¹⁶² in den oben genannten Urteilen. Diese Auffassung stützt der EuGH unter anderem auf Erwägungsgrund 24 der Durchs-RL, wonach Verfahren vorzusehen sind, welche „eine erneute Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums verhindern“.¹⁶³ Nach Art. 3 Abs. 2 der Durchs-RL sollen Maßnahmen zur Durchsetzung des geistigen Eigentums, die durch die einzelnen Mitgliedsstaaten getroffen werden, „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein“. Hierbei ist nach dem EuGH allerdings zu beachten, dass die Maßnahmen, die von einem Anbieter eines Online-Dienstes verlangt werden, nicht dazu führen dürfen, dass dieser „aktiv alle Angaben eines jeden seiner Kunden zu überwachen [hat], um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums [...] vorzubeugen“¹⁶⁴. Zudem dürfen „keine Schranken für den rechtmäßigen Handel“ entstehen.¹⁶⁵ Die Maßnahmen müssen also ein „angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen [...] Rechten und Interessen sicherstellen“¹⁶⁶. Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums sollen nicht das Risiko einer Verletzung ihrer Rechte ausgehend von dem Geschäftsmodell der Plattform tragen. Hiermit wird auch die Rechtsprechung des BGH zur grundsätzlichen Möglichkeit des Einsatzes von Filtertechnologien zum vorbeugenden Schutz der Rechte geistigen Eigentums indirekt bestätigt,¹⁶⁷ auch wenn der EuGH sich nicht direkt zum Einsatz von Technologie zur Rechtsdurchsetzung äußert. Die Abgrenzung zwischen einer zulässigen vorbeugenden Maßnahme

¹⁵⁹ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Durchs-RL).

¹⁶⁰ *BR-Drs. 64/07* 26.01.2007, 75; BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 37); *Nordemann*, GRUR 2011, 977.

¹⁶¹ EuGH, Urt. v. 12.07.2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 (Rn. 131) – *L'Oréal/eBay*.

¹⁶² *Metzger*, GRUR 2012, 382 (385); *Nordemann*, GRUR 2011, 977 (980).

¹⁶³ EuGH, Urt. v. 12.07.2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 (Rn. 134) – *L'Oréal/eBay*.

¹⁶⁴ EuGH, Urt. v. 12.07.2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 (Rn. 139) – *L'Oréal/eBay*.

¹⁶⁵ EuGH, Urt. v. 12.07.2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 (Rn. 140) – *L'Oréal/eBay*.

¹⁶⁶ EuGH, Urt. v. 12.07.2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 (Rn. 143) – *L'Oréal/eBay*.

¹⁶⁷ *Nordemann*, GRUR 2011, 977 (981).

und allgemeiner Überwachung und damit der zulässige Umfang des Einsatzes von Technologien zur automatisierten Rechtsdurchsetzung wird allerdings nicht sehr klar.¹⁶⁸

b) Scarlet/SABAM und SABAM/Netlog

In dem Urteil des EuGH *Scarlet/SABAM*¹⁶⁹ im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens aus dem Jahr 2011 geht es um eine Klage der belgischen Verwertungsgesellschaft SABAM, die sich gegen den Access-Provider Scarlet richtet. Der Access-Provider sollte zu einer Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen über den durch ihn angebotenen Service verpflichtet werden. Dies sollte über die Verpflichtung zum Einsatz von einer Technologie zur Filterung erfolgen. In der kurz darauf im Jahr 2012 durch den EuGH in dem weiteren Vorabentscheidungsverfahren *SABAM/Netlog*¹⁷⁰ entschiedenen Frage ging es dann um den Einsatz von Filtertechnologien zur Urheberrechtsdurchsetzung durch einen Host-Provider. In *SABAM/Netlog* klagte wiederum die belgische Verwertungsgesellschaft SABAM, diesmal gegen die Social-Media-Plattform Netlog. Auf dieser Plattform konnten Nutzer Profile anlegen und Videos, Fotos und Musik hochladen. Der EuGH beantwortet die Vorlagefragen konsequent wie in der Entscheidung *Scarlet/SABAM*. Der EuGH urteilt in der Entscheidung *Scarlet/SABAM* zwar zu dem Einsatz von Filtertechnologien auf der Ebene von Access-Providern, was von dem Einsatz von Filtern durch Plattformbetreiber zu unterscheiden ist, den Prüfungsmaßstab aus *Scarlet/SABAM* übernimmt der EuGH aber in der Entscheidung *SABAM/Netlog*. Der EuGH entscheidet größtenteils wortgleich, nachdem er zu Beginn feststellt, dass es sich bei einem sozialen Netzwerk wie Netlog um einen Host-Provider im Sinne des Art. 14 der E-Commerce-RL handelt und dass gegen diese gerichtliche Anordnungen im Sinne von Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL und Art. 1 S. 3 der Durchs-RL ergehen können.

Besonders an den beiden Entscheidungen des EuGH in Abgrenzung zu den Entscheidungen der deutschen Rechtsprechung zum Einsatz von Filtertechnologien ist, dass der EuGH vertieft auf die Grundrechte der Nutzer eingeht.¹⁷¹ Hierbei prüft der EuGH insbesondere den Schutz der personenbezogenen Daten der Nutzer¹⁷² sowie die Beeinträchtigung der Informationsfreiheit durch eine mögliche Sperrung zulässiger Inhalte¹⁷³. Daneben prüft er auch eine Verletzung der

¹⁶⁸ Nordemann, GRUR 2011, 977 (980).

¹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 24.11.2011, C-70/10, GRUR 2012, 265 – *Scarlet/SABAM*.

¹⁷⁰ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 – *SABAM/Netlog*.

¹⁷¹ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 48 ff.) – *SABAM/Netlog*; Metzger, GRUR 2012, 382 (385).

¹⁷² EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 49) – *SABAM/Netlog*.

¹⁷³ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 51) – *SABAM/Netlog*.

unternehmerischen Freiheit der Host-Provider.¹⁷⁴ Ein System zur Filterung von gespeicherten Informationen von Nutzern ist, so der EuGH, unzulässig, wenn dieses präventiv, auf Kosten des Host-Providers und zeitlich unbegrenzt eingesetzt werden soll und es unterschiedslos auf alle Nutzer anwendbar sein soll.¹⁷⁵ Eine unzulässige Überwachung im Sinne des Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-RL liegt nach dem EuGH bei einer Anordnung vor, die dazu verpflichtet, „eine aktive Überwachung fast^[176] aller Daten sämtlicher Nutzer seiner Dienste vorzunehmen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vorzubeugen“. ¹⁷⁷ Der EuGH sieht in dem konkreten Einsatz von Filtertechnologien einen Verstoß gegen Art. 15 der E-Commerce-RL. Er kommt zu diesem Ergebnis durch eine Abwägung, in welcher er die unternehmerische Freiheit der Provider, den Schutz personenbezogener Daten und die Informationsfreiheit als gegenüber den Interessen der Urhebervertreter überwiegend ansieht.¹⁷⁸

c) YouTube und Uploaded

In der Entscheidung des EuGH zu den durch den BGH zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen in den Rechtssachen YouTube¹⁷⁹ und Uploaded¹⁸⁰ steht die Frage der Wiedergabehandlung durch den Diensteanbieter im Vordergrund. Für Diensteanbieter im Sinne des Art. 2 Nr. 6 DSM-RL ist diese nunmehr durch Art. 17 Abs. 1 der DSM-RL geklärt.¹⁸¹ Von Relevanz ist die Entscheidung daher vor allem für Diensteanbieter, die nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie, beziehungsweise des UrhDaG, fallen.¹⁸²

In der Rechtssache YouTube klagte ein Rechteinhaber gegen den Betreiber der Plattform YouTube, da Nutzer ohne entsprechende Erlaubnis Inhalte auf die Plattform hochgeladen haben. In der Rechtssache Uploaded klagte der Rechteinhaber gegen den Betreiber der Sharehosting-Plattform Uploaded. Dabei ging es

¹⁷⁴ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 44) – SABAM/Netlog.

¹⁷⁵ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Leitsatz) – SABAM/Netlog.

¹⁷⁶ In Scarlet/SABAM war noch die Rede von allen Daten, das heißt, der Punkt, ab dem eine Unzulässigkeit der Filterung anzunehmen ist, wurde noch etwas ausgedehnt. So auch *Leister*, ZUM 2012, 722 (729).

¹⁷⁷ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 38) – SABAM/Netlog. Mit Verweis auf Scarlet/SABAM, Rn. 40.

¹⁷⁸ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 51) – SABAM/Netlog.

¹⁷⁹ BGH, Beschluss v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132.

¹⁸⁰ BGH, Beschluss v. 20.09.2018 – I ZR 53/17, GRUR 2018, 1239.

¹⁸¹ Der EuGH stellt in EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 59) – YouTube Uploaded eigens fest, dass die Entscheidung sich nicht auf die später in Kraft getretene Regelung des Art. 17 DSM-RL bezieht.

¹⁸² *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066 (Rn. 9).

ebenfalls um das Hochladen von urheberrechtlich geschützten Inhalten durch Nutzer, ohne dass eine Erlaubnis hierfür eingeholt wurde.

Der EuGH hat beide Rechtssachen verbunden und in seiner Entscheidung festgestellt, dass Diensteanbieter grundsätzlich nicht unmittelbar täterschaftlich für Inhalte, die durch ihre Nutzer hochgeladen werden, haften.¹⁸³ Der Betreiber der Plattform nimmt grundsätzlich keine eigene „öffentliche Wiedergabe“ im Sinne des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL vor, wenn Nutzer die Inhalte über die Plattform öffentlich zugänglich machen. Eine Haftung tritt nach der Entscheidung des EuGH allerdings dann ein, wenn eine vorsätzliche mittelbare Verletzungshandlung angenommen werden kann. Als Maßnahme, durch welche Betreiber von Plattformen die Vorsätzlichkeit ausschließen können, sieht der EuGH den Einsatz „geeignete[r] technische[r] Maßnahmen [...], die von einem die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können, um Urheberrechtsverletzungen auf dieser Plattform glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen“¹⁸⁴. Damit fordert der EuGH von Betreibern von Plattformen, über die Nutzer Inhalte zur Verfügung stellen können, den Einsatz von Filtertechnologien zur Durchsetzung der Rechte von Urhebern, wodurch sich eine Nähe zu den Verpflichtungen nach Art. 17 Abs. 4 lit. b und c DSM-RL ergibt.¹⁸⁵

Der EuGH betont aber auch die Bedeutung der in der EU GR-Charta verankerten Grundrechte der Nutzer. Demnach fordert die InfoSoc-RL, dass ein angemessener Ausgleich der Interessen von Urheberrechtsinhabern, deren Recht am geistigen Eigentum in Art. 17 Abs. 2 der EU GR-Charta verankert ist, und der in Art. 11 EU GR-Charta verankerten Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer, gegeben sein muss.¹⁸⁶ Zudem solle das Gemeinwohl gesichert werden.¹⁸⁷ In dieser Betonung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs kann eine Relevanz der Entscheidung auch für die Zukunft gesehen werden.¹⁸⁸

¹⁸³ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 102) – YouTube Uploaded.

¹⁸⁴ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 84, 102) – YouTube Uploaded.

¹⁸⁵ *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066 (Rn. 6).

¹⁸⁶ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 64 f.) – YouTube Uploaded.

¹⁸⁷ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 64) – YouTube Uploaded.

¹⁸⁸ *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066 (Rn. 10).

5. Verhältnis der Rechtsprechung des EuGH zu der Rechtsprechung der deutschen Gerichte

Die Vereinbarkeit der Rechtsprechung der deutschen Gerichte mit der des EuGH, insbesondere mit den SABAM-Urteilen, ist nicht abschließend geklärt. Unklarheiten ergeben sich hinsichtlich der de-facto-Auferlegung der Pflicht zum Einsatz von Filtertechnologien durch die deutsche Rechtsprechung und der durch den EuGH in der SABAM-Rechtsprechung formulierten Grenze zu einer unzulässigen Pflicht zur allgemeinen Überwachung. Eine Trennlinie zwischen einer zulässigen Filterung und einer unzulässigen Pflicht zur allgemeinen Überwachung ist nicht klar konturiert. Zwar äußert sich der EuGH in den Entscheidungen Scarlet/SABAM und SABAM/Netlog eindeutig dahingehend, dass eine zeitlich unbegrenzte präventive Filterung, die unterschiedslos auf alle Nutzer anwendbar ist und sämtliche gespeicherte Informationen verarbeitet, eine generelle Überwachung darstellt, doch wo genau die Grenze verläuft zwischen einer zulässigen spezifischen Überwachung bezogen auf den Schutz vor Verletzungen einzelner Rechte und einer Pflicht zu einer unzulässigen generellen Überwachung wird durch die Antworten des EuGH nicht deutlich.¹⁸⁹ Ob die bisherige Rechtsprechung des BGH vor den EuGH-Entscheidungen zu Filterpflichten mit der EuGH-Rechtsprechung zu Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-RL noch vereinbar ist, wird nicht beantwortet.¹⁹⁰ Die Urteile des BGH *Alone in the Dark* und *File-Hosting-Dienst*, die den EuGH Entscheidungen *L'Oréal/eBay* und *Scarlet/SABAM* und *SABAM/Netlog* nachfolgen und in welchen eine Marktbeobachtungspflicht festgestellt wird, können im Konflikt mit der Rechtsprechung des EuGH in *Scarlet/SABAM* und *SABAM/Netlog* gesehen werden.

Einzig in der Entscheidung *Filmverleih gegen Rapidshare* merkt der BGH an, er sehe die SABAM-Entscheidungen nicht dem Einsatz von Filtertechnologien entgegenstehend.¹⁹¹ Zum einen stellt der BGH darauf ab, es sei um die Filterung „personenbezogener Angaben in sozialen Netzwerken [gegangen], sodass Grundrechte der Nutzer berührt waren“¹⁹² und lehnt demgegenüber einen Grundrechtsbezug im zu entscheidenden Fall ab, ohne hierauf weiter einzugehen. Der BGH bezieht sich hier wohl auf *SABAM/Netlog*, auch wenn er lediglich die Entscheidung *Scarlet/SABAM* zitiert, doch lässt sich die Argumentation anders kaum erklären. Erstaunlich wäre, wenn der BGH nicht auf die Entscheidung *SABAM/Netlog* eingehen würde, in der der EuGH genau wie in *Scarlet/SABAM* entscheidet, bezogen auf einen Hostprovider. Weiter stellt der BGH heraus, es sei

¹⁸⁹ Metzger, GRUR 2012, 382 (385).

¹⁹⁰ Metzger, GRUR 2012, 382 (385).

¹⁹¹ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (Rn. 61).

¹⁹² BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (Rn. 61).

in „jener Entscheidung um die Haftung des Zugangs- und nicht – wie im Streitfall – um die Haftung des Hostproviders“¹⁹³ gegangen, womit er sich dann auf die zitierte Entscheidung Scarlet/SABAM bezieht. Zumindest in dieser Knappheit überzeugt die Argumentation des BGH nicht.¹⁹⁴ Zum einen scheint der EuGH keine Differenzierung zwischen Access- und Host Providern zu sehen. Zum anderen kann ein Grundrechtsbezug nicht pauschal mit der Begründung, es sei kein soziales Netzwerk betroffen, abgelehnt werden.

Das OLG Hamburg sieht die SABAM/Netlog Entscheidung nicht der Beurteilung des Senats entgegenstehend, dass die Interessen der Nutzer hinter dem Schutz des Urheberrechts zurückzutreten haben.¹⁹⁵ Die Plattform YouTube sei nicht mit Netlog vergleichbar.¹⁹⁶ Bei Netlog sei es um private soziale Vernetzung gegangen, wohingegen der Schwerpunkt der Plattform YouTube konsumorientiert und anonym sei.¹⁹⁷ Hinsichtlich der auferlegten Pflichten bestehe der entscheidende Unterschied darin, dass in den den SABAM-Entscheidungen zugrunde liegenden Fällen jeweils eine proaktive Prüfpflicht auferlegt worden sei, in dem der Entscheidung des OLG zugrundeliegenden Sachverhalt aber eine reaktive Pflicht.¹⁹⁸ So auch die Ansicht nach einigen Stimmen in der Literatur, wonach das YouTube Urteil des OLG Hamburg (und auch das Urteil Alone in the Dark des BGH) nicht im Widerspruch zu der SABAM-Rechtsprechung stehen, da dort im Ausgangsfall eine anlassunabhängige proaktive Überwachung gefordert wurde, in dem YouTube Urteil des OLG Hamburg und in Alone in the Dark aber nur eine reaktive Pflicht auferlegt wurde.¹⁹⁹ Die auferlegten Sorgfaltspflichten sind nach dem Urteil des OLG zudem angemessen, um rechtswidrige Tätigkeiten aufzudecken, weshalb auch kein Verstoß gegen Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-RL und § 7 Abs. 2 S. 1 TMG gegeben sei.²⁰⁰

Wenig überzeugend scheint die Differenzierung anhand der Art und Ausgestaltung der jeweiligen Plattform beziehungsweise des jeweiligen Providers. Die Rechtsprechung des EuGH in den Urteilen Scarlet/SABAM und SABAM/Netlog ist wohl so zu verstehen, dass der Umfang des Verbots der allgemeinen Überwachungspflicht im Rahmen einer Abwägung der Grundrechte und dem Verhält-

¹⁹³ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (Rn. 61).

¹⁹⁴ So auch *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 430.

¹⁹⁵ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 352).

¹⁹⁶ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 352).

¹⁹⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 449).

¹⁹⁸ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 441).

¹⁹⁹ So *Frey*, MMR 2016, 275 (277); *Spindler*, GRUR 2020, 253 (257). Anders: *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 184 f. Nach Maier liegt der Unterschied vor allem darin, dass das OLG einen werkbezogenen Ansatz verfolgt, wohingegen der EuGH einen nutzerbezogenen Ansatz verfolgt.

²⁰⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 456).

nismäßigkeitsgrundsatz im Einzelfall bestimmt werden muss.²⁰¹ Dementsprechend ist eine klarere Konturierung vielleicht gar nicht erstrebenswert, sofern die Vorgaben des EuGH als eine klare Aussage zugunsten des Schutzes der Grundrechte der Nutzer verstanden wird, welche stets im Rahmen einer Abwägung bei der Entscheidung über die Zulässigkeit von Filtertechnologien zu berücksichtigen sind.²⁰² Einem solchen Verständnis ist die deutsche Rechtsprechung bislang nicht gefolgt.

In der YouTube Uploaded Entscheidung fordert der EuGH den Einsatz von technischen Maßnahmen, um Verletzungen des Urheberrechts zu vermeiden, wenn der Betreiber der Plattform „weiß oder wissen müsste“²⁰³, dass die Plattform von Nutzern auch zum rechtswidrigen Hochladen urheberrechtlich geschützter Inhalte genutzt wird, betont gleichzeitig aber die Bedeutung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Rechteinhabern und Nutzern.²⁰⁴ Dies entspricht wiederum dem Gedanken, dass der Einsatz von Filtertechnologien stets eine Abwägung der jeweiligen betroffenen Grundrechte erfordert.

IV. Auswirkungen des Art. 17 DSM-RL

Durch Art. 17 Abs. 1 der DSM-RL ist nunmehr die Haftung von Diensteanbietern auf EU-Ebene geregelt. Der öffentliche Diskurs um die Verabschiedung des Art. 17 der DSM-RL war intensiv. Selten fanden aufgrund einer Richtlinie auf europäischer Ebene Proteste, sowohl online als auch in Form von Demonstrationen, in einem vergleichbaren Ausmaß statt. Nach einer kurzen Darlegung des Regelungsgehaltes des Art. 17 der DSM-RL (1.) wird vertiefend auf den Hintergrund der Regelung im Zusammenhang der Urheberrechtsreform eingegangen (2.). Im Anschluss wird das Augenmerk auf den Prozess der Verabschiedung der Norm und die öffentliche Reaktion gelegt (3.) und über die Debatte in Bezug auf technische Schutzmaßnahmen (4.) in einen weiteren Kontext gesetzt.

1. Regelungsgehalt des Art. 17 DSM-RL

In Art. 17 der DSM-RL wird festgestellt, dass „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder eine Hand-

²⁰¹ So auch *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 431.

²⁰² Hierzu vertieft in Kapitel 5, II. 2.

²⁰³ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 84, 102) – YouTube Uploaded.

²⁰⁴ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 64 f.) – YouTube Uploaded.

lung der öffentlichen Zugänglichmachung“ vornehmen. Die Norm sieht vor, dass Diensteanbieter Lizenzvereinbarungen mit Rechteinhabern, welche auch Handlungen von deren Nutzern umfassen, abschließen (Abs. 1 und 2). Die Haftungsprivilegierung des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL soll keine Anwendung finden (Abs. 3). Für Inhalte, für die keine Lizenz vorliegt, sollen Diensteanbieter haften. Von der Haftung befreien können sie sich, indem ein Bemühen um eine Lizenz nachgewiesen werden kann (Abs. 4 lit. a) und wenn zudem gemäß lit. b

„nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen wurden, 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 Anforderung an Diensteanbieter zur Vermeidung einer Haftung ist jene, welche in der Praxis wohl durch im öffentlichen Diskurs unter dem Schlagwort „Upload-Filter“ zusammengefasste Technologien umzusetzen sein wird. Im Wortlaut der Richtlinie ist und war auch in keiner der vorangegangenen Versionen die Rede von „Upload-Filtern“. Im Ergebnis ist jedoch davon auszugehen, dass Plattformen, um diesen Vorgaben zu entsprechen, Filtertechnologien einsetzen werden müssen,²⁰⁵ zumal diese bereits, um den Vorgaben der Rechtsprechung nachzukommen, im Einsatz sind.²⁰⁶ Eine manuelle Durchsicht würde den Vorgaben der Richtlinie und insbesondere auch den Vorgaben des BGH entsprechen, in den jeweiligen Urteilen stellt der BGH die Möglichkeit der technischen Filterung als Erleichterung dar, praktisch und wirtschaftlich wäre dies jedoch angesichts der Menge der Daten nicht erfüllbar beziehungsweise nicht rentabel.²⁰⁷ Diskussionswürdig ist auch die Bedeutung der Formulierung in Abs. 4 lit. b, wonach „hohe[] branchenübliche[] Standards“ eingehalten werden sollen, damit bestimmte Werke nicht verfügbar sind. Ob zur Bestimmung dieser Standards auf die Expertise von Sachverständigen zurückgegriffen werden muss²⁰⁸, die Europäische Kommission Guidelines erarbeitet²⁰⁹ oder ob hierbei auf die

²⁰⁵ Dreier, GRUR 2019, 771 (776); Gielen/Tiessen, EuZW 2019, 639 (644); Hofmann, ZUM 2019, 617 (621); Hofmann, GRUR 2019, 1219 (1220f.); Kaesling, JZ 2019, 586 (588); Peters/Schmidt, GRUR Int. 2019, 1006 (1009); Pravemann, GRUR 2019, 783 (784); Specht, NJW 2018, 3686 (3689); Spindler, CR 2019, 277 (Rn. 53).

²⁰⁶ Becker, ZUM 2019, 636 (637); Hofmann, GRUR 2019, 1219 (1221); Kastl, GRUR 2016, 671 (674); Metzger/Senfileben, JIPITEC 2020, 115 (Rn. 26); Peters/Schmidt, GRUR Int. 2019, 1006 (1009); Pravemann, GRUR 2019, 783 (784); Volkman, CR 2019, 376 (377, 383).

²⁰⁷ Gielen/Tiessen, EuZW 2019, 639 (644). Nach Einschätzung von YouTube wird durch den Einsatz von Filtern die Arbeitsleistung von 180.000 Personen, die Vollzeit arbeiten, ersetzt: Wojcicki, Expanding our work against abuses of our platform, <https://blog.youtube/news-and-events/expanding-our-work-against-abuse-of-our>.

²⁰⁸ Spindler, CR 2019, 277 (Rn. 59).

²⁰⁹ Peters/Schmidt, GRUR Int. 2019, 1006 (1009).

Standards bereits im Einsatz befindlicher Systeme zurückgegriffen werden kann,²¹⁰ wird zu klären sein. „[I]n jedem Fall“ sollen Diensteanbieter nach Erhalt eines entsprechenden Hinweises durch den Rechteinhaber unverzüglich den Zugang zu dem entsprechenden Inhalt sperren und das künftige Hochladen verhindern („notice and stay down“²¹¹) (Abs. 4 lit. c).

Hinsichtlich der Frage, ob Diensteanbieter ihren Pflichten nachgekommen sind, soll nach Abs. 5 der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt werden. Dabei handelt es sich um einen rein klarstellenden Passus, gleichzeitig betont die explizite Statuierung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit willkommene und notwendige Flexibilität im Einzelfall. Anbieter, die jünger als drei Jahre sind, und deren Umsatz 10 Millionen Euro nicht übersteigt, müssen sich nur um die Einholung einer Lizenz bemühen und nach einem Hinweis den entsprechenden Inhalt entfernen. Bei mehr als 5 Millionen Nutzern muss auch nachgewiesen werden, dass alle Anstrengungen unternommen wurden, um ein künftiges Hochladen zu verhindern (Abs. 6). Zudem soll sichergestellt werden, dass zulässige Inhalte nicht gesperrt werden und dass die Schranken des Urheberrechts durch die Nutzer wahrgenommen werden können (Abs. 7). Bei dieser expliziten Statuierung bestimmter Schranken als Rechte der Nutzer handelt es sich um eine tatsächliche Neuerung durch die DSM-RL.²¹² In Erwägungsgrund 70 Abs. 1 wird auf die grundrechtliche Dimension dessen verwiesen. Es hat eine Abwägung stattzufinden zwischen dem geistigen Eigentum und dem Recht auf freie Meinungsäußerung und der Kunstfreiheit. Dieser für das Urheberrecht nicht neue Konflikt erhält durch die de-facto-Filterpflicht aus Abs. 4 lit. b eine neue Wendung. Nunmehr muss die Abwägung letztendlich bereits im Vorstadium bei der Programmierung der entsprechenden Technologie stattfinden. Auffällig ist auch, dass nur die Schranken Zitate, Kritik und Rezensionen (unter a) und die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches (unter b) genannt werden. Diese dürften in dem durch die DSM-RL geregelten Kontext aber auch die relevanten Schranken sein. Eine allgemeine Überwachungspflicht soll ausgeschlossen werden (Abs. 8). Die genaue Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen der Erfüllung der Vorgaben aus Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL und dem Verbot einer allgemeinen Überwachungspflicht wird noch zu klären sein.²¹³ Vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils SABAM/Netlog²¹⁴ muss mit Interesse abgewartet werden, wie dies mit den Pflichten aus Abs. 4 lit. b in Einklang zu bringen

²¹⁰ Hofmann, GRUR 2019, 1219 (1221); Wandtke/Hauck, ZUM 2019, 627 (633).

²¹¹ Hofmann, GRUR 2019, 1219 (1220).

²¹² Hierzu auch unter Kapitel 5, I. 1.

²¹³ Siehe hierzu in diesem Kapitel unter III. 4. und Kapitel 5, II. 2.

²¹⁴ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 – SABAM/Netlog.

ist.²¹⁵ Ebenfalls in Abs. 8 geregelt ist, dass Diensteanbieter den Rechteinhabern auf Verlangen „angemessene Informationen über die Funktionsweise ihrer Verfahren“ zukommen lassen sollen.

Ein Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren soll im Fall von Streitigkeiten zur Verfügung stehen und Beschwerden sollen unverzüglich bearbeitet werden. Der Wortlaut des Abs. 9 sieht weiterhin vor, dass

„eingereichte Beschwerden [...] unverzüglich zu bearbeiten [sind] und Entscheidungen über die Sperrung des Zugangs zu hochgeladenen Inhalten bzw. über die Entfernung hochgeladener Inhalte [...] einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen [sind]“.

Zudem sollen zur Beilegung von Streitigkeiten außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stehen.²¹⁶ Die Richtlinie soll „in keiner Weise die berechnete Nutzung“ beeinträchtigen (Abs. 9 Unterabsatz 6). Die Vorgaben der Richtlinie dürfen nicht zu einer Identifizierung einzelner Nutzer führen und nicht als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten herangezogen werden, es sei denn dies geschieht im Einklang mit der DSGVO. Auch in der SABAM/Netlog Entscheidung des EuGH wird auf die Gefahr für das Recht auf einen Schutz personenbezogener Daten hingewiesen. Tatsächlich wird die Vermeidung der Identifizierung einzelner Nutzer bei einer präventiven Filterung schwierig umzusetzen sein.²¹⁷

2. Hintergrund der Regelung

a) Urheberrechtsreform

Das Urheberrecht ist bislang auf EU-Ebene kaum harmonisiert, es bestehen große Differenzen in den verschiedenen Staaten der EU.²¹⁸ Das Ziel der Urheberrechtsreform war, die Regelungen zum Urheberrecht im europäischen Binnenmarkt weiter anzunähern.²¹⁹ Zudem sollten durch die weitere Harmonisierung „Anreize für Innovation, Kreativität, Investitionen und die Produktion neuer Inhalte“²²⁰ geschaffen sowie kulturelle Vielfalt gewahrt und gefördert²²¹ und somit ein „fairer Urheberrechtmarkt“²²² gewährleistet werden. Der Vorschlag für die

²¹⁵ *Saugmandsgaard Oe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 110 sieht in der Pflicht nach Art. 17 Abs. 4 lit b DSM-RL eine zulässige spezifische Überwachungspflicht.

²¹⁶ Hierzu unter Kapitel 5, I. 3. b).

²¹⁷ So auch *Spindler*, CR 2019, 277 (Rn. 84).

²¹⁸ *Metzger*, ZUM 2018, 233 (239).

²¹⁹ Hierzu Erwägungsgrund 1 DSM-RL.

²²⁰ Erwägungsgrund 2 DSM-RL.

²²¹ Erwägungsgrund 2 DSM-RL.

²²² Erwägungsgrund 3 DSM-RL.

DSM-RL²²³ war eine Maßnahme zur Lösung von Problemen, die bereits in der im Mai 2015 beschlossenen Strategie für einen digitalen Binnenmarkt aufgeworfen wurden, wie die Notwendigkeit der Vereinheitlichung der Verfahrensweisen der Einzelstaaten in der Rechtsdurchsetzung zur Schaffung von Vertrauen in der „Online-Welt“.²²⁴ In der Begründung des ursprünglichen Vorschlages der europäischen Kommission für die DSM-RL werden die Entstehung neuer Akteure und neuer Geschäftsmodelle hervorgehoben, die neuen Möglichkeiten für Nutzer auf Inhalte zuzugreifen, sowie deren grenzübergreifende Nutzung, welche neue Regelungen erfordern.²²⁵ Die Kommission sieht die Schaffung kreativer Inhalte in Gefahr, wenn die Lizenzierung von Werken und damit die Vergütung von Urhebern im Online-Kontext mit Schwierigkeiten behaftet ist.²²⁶

b) *Ökonomische Motivation hinter Art. 17 DSM-RL*

Ziel des Art. 17 DSM-RL ist, eine faire Vergütung für Urheberrechtsinhaber und deren Profitieren an den Gewinnen aus ihren Werken sicherzustellen.²²⁷ Die Intention hinter einem verstärkten Schutz von Rechteinhabern ist nach ökonomischen Ansätzen die Schaffung von mehr Kreativität und mehr Vielfalt.²²⁸ Nach Erwägungsgrund 62 der DSM-RL soll eine Regulierung von Diensten, deren Geschäftsmodell darin besteht, direkt oder indirekt Gewinne daraus zu erzielen, dass urheberrechtlich geschützte Inhalte durch Nutzer hochgeladen (geteilt) und an andere Nutzer verbreitet werden, stattfinden. Die durch Art. 17 der DSM-RL erfassten Dienste treten auf Grundlage von in großen Mengen durch Nutzer hochgeladener Inhalte quasi selbst wie Inhaltenanbieter auf.²²⁹ Die jeweiligen Diensteanbieter profitieren wirtschaftlich von den durch Nutzer hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken, ohne dass die Urheber hieran systematisch teilhaben.²³⁰ Es ist

²²³ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt COM (2016) 593 final, 14.09.2016.

²²⁴ Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa COM(2015) 192 final S. 12.

²²⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt COM (2016) 593 final, S. 2.

²²⁶ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt COM (2016) 593 final, S. 3.

²²⁷ So bereits in dem Vorschlag der Kommission für die Richtlinie COM(2016) 593 final, Erwägungsgrund 37.

²²⁸ Grundlegend hierzu: *Landes/Posner*, The Journal of Legal Studies 1989, 325.

²²⁹ *Leistner*, ZUM 2016, 580 (583). Siehe hierzu auch die Statistik des Bundesverbandes Musikindustrie, wonach im Jahr 2020 24 % des On-Demand-Streaming Musikkonsums auf YouTube entfallen: <https://www.musikindustrie.de/markt-bestseller/musikindustrie-in-zahlen/musiknutzung-2020>.

²³⁰ *Leistner*, ZUM 2016, 580 (586). Wobei Plattformen die Möglichkeit zur Monetarisierung bieten.

anzunehmen, dass Plattformbetreiber erhebliche Umsätze durch hochgeladene urheberrechtlich geschützte Werke erzielen.²³¹ Geschieht das Hochladen und Verbreiten urheberrechtlich geschützter Werke ohne eine Einbeziehung der Rechteinhaber, indem Lizenzen eingeholt werden, so wird dies in dem diesbezüglichen Diskurs unter dem Begriff „Value-Gap“ zusammengefasst.²³² *Leistner/Metzger* definieren Value-Gap als „Lücke zwischen den Erträgen der Plattformen und der Vergütung der Urheber“²³³. Auch nach dem Global Music Report der International Federation of the Phonographic Industry (IFPI) wird die Value Gap definiert als „growing mismatch between the value that some digital platforms [...] extract from music and the revenue returned to the music community“²³⁴. Der Begriff der Value Gap ist als Schlagwort umstritten. Je nach Interessenlage wird das Bestehen einer Value Gap auch teilweise als „Mythos“²³⁵ gesehen und keine Anhaltspunkte für eine unangemessene Vergütung der Urheberrechtsinhaber im Rahmen des Geschäftsmodells von Diensten wie YouTube erkannt.²³⁶ Gegen das Vorliegen einer Value Gap wird auch das Wachstum der Gewinne der Unterhaltungsindustrie angeführt.²³⁷ Nach *Suwelack* birgt der Einsatz der sogenannten Upload-Filter zur Durchsetzung des Urheberrechts ökonomische Risiken. Der volkswirtschaftliche Nutzen der Rechtsdurchsetzung sei hier nicht gegeben.²³⁸ Dahingegen bestünden „ökonomische Risiken“ und Wohlfahrtsverluste drohten.²³⁹

Die ökonomische Logik hinter der Stärkung der Rechte der Urheberrechtsinhaber besagt dagegen, dass, damit in Zukunft weiter geschaffen wird, zumin-

²³¹ *Europäische Kommission*, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, 138.

²³² Siehe zum Streitstand statt vieler zur Meinung der Musikindustrie: *Muller*, The Guardian 28.04.2016, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/music/musicblog/2016/apr/28/youtube-no-other-platform-gives-as-much-money-back-to-creators>; *IFPI*, https://www.ifpi.org/wp-content/uploads/2020/07/131218_Rightsolders_unite_in_calling_for_an_effective_solution_to_the_Value_Gap_Transfer_of_Value_13_Dec_2018.pdf; *Bundesverband Musikindustrie*, <https://www.musikindustrie.de/markt-bestseller/musikindustrie-in-zahlen/musiknutzung>; zur Meinung der Plattformbetreiber: *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327; *Nolte*, ZUM 2017, 304. Ausführlich zur Value Gap auch: *Europäische Kommission*, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, 137 ff.

²³³ *Leistner/Metzger*, Frankfurter Allgemeine Zeitung 04.01.2017, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html?service=printPreview>.

²³⁴ *IFPI*, Global Music Report 2018, 26.

²³⁵ *Nolte*, ZUM 2017, 304 (308); so auch *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327.

²³⁶ *Nolte*, ZUM 2017, 304 (312).

²³⁷ *Suwelack*, MMR 2018, 582 (585).

²³⁸ *Suwelack*, MMR 2018, 582 (585 f.); so auch statt vieler: *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327.

²³⁹ *Suwelack*, MMR 2018, 582 (586).

dest eine angemessene Vergütung an die Urheber entrichtet werden muss.²⁴⁰ Hierzu trägt die Änderung des Haftungsregimes im Rahmen der Reform des Urheberrechts bei.

c) Änderung im Haftungsregime

Um die sogenannte Value Gap zu schließen, sollen Diensteanbieter nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL primär Lizenzvereinbarungen mit Rechteinhabern abschließen. Wird keine Lizenzvereinbarung geschlossen und kommen die Diensteanbieter nicht ihren Pflichten nach Art. 17 Abs. 4 DSM-RL zur Verhinderung der Verfügbarkeit der entsprechenden Inhalte nach, sollen Diensteanbieter durch eine direkte täterschaftliche Haftung als Verletzer in den Schutz digitaler Güter einbezogen werden.

Dies stellt eine Veränderung gegenüber der bisherigen Rechtsprechung in Deutschland dar. Das OLG Hamburg stellte zwar fest, dass Plattformen wie YouTube sich in „größtmöglichem Umfang von dem gesetzlichen Leitbild eines Host-Providers entfernt“ haben.²⁴¹ Die Rechtsprechung behandelte dennoch lange auch die Plattformen, die im Ergebnis wie Inhalteanbieter auftreten, genau wie andere Host-Provider und ließ ihnen die Haftungsprivilegierung aus der E-Commerce-RL zukommen, allerdings mit umfangreichen Prüfpflichten.²⁴² Nach Art. 14 der E-Commerce-RL ist ein Diensteanbieter, dessen Dienst in der Speicherung von durch Nutzer erstellten Inhalte besteht, nicht für diese verantwortlich, sofern er keine Kenntnis der Inhalte hat und er, sobald er Kenntnis erlangt, diese unverzüglich löscht oder den Zugang sperrt.²⁴³ Diese Privilegierung wird nach Art. 17 Abs. 3 DSM-RL nun dort ausgesetzt, wo das Geschäftsmodell des jeweiligen Diensteanbieters auf der Verbreitung urheberrechtlich geschützter Inhalte basiert. Explizit ausgenommen von der Regulierung durch die Richtlinie werden in Erwägungsgrund 62 Diensteanbieter, deren Zweck in etwas anderem als der Verbreitung urheberrechtlich geschützter digitaler Werke besteht.

Eine eigene täterschaftliche Haftung wurde in der deutschen Rechtsprechung bislang unabhängig von dem Geschäftsmodell des jeweiligen Diensteanbieters

²⁴⁰ Nordemann, IIC 2019, 275 (277).

²⁴¹ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (367).

²⁴² OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (128 ff.).

²⁴³ Eine größere Änderung dieser Regelung ist auch nicht durch den Entwurf des Digital Services Acts zu erwarten (Proposal for a regulation of the european parliament and of the council on a single market for digital services and amending directive 2000/31/EC COM(2020) 825 final, 15.12.2020) (DSA-E). Nach Art. 5 DSA-E soll nach wie vor das notice-and-take-down Verfahren gelten, erweitert durch notice-and-action, wonach erweiterte Pflichten der Diensteanbieter, über das bloße Löschen des jeweiligen Inhalts oder das Sperren des Zugangs zu dem Inhalt hinaus, bestehen sollen.

abgelehnt.²⁴⁴ Der BGH hat in zwei parallelen Verfahren die Frage an den EuGH vorgelegt, ob die Plattform YouTube täterschaftlich eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornimmt.²⁴⁵ Die Ansicht des Senats ist, der Plattformbetreiber von YouTube nehme keine Handlung der öffentlichen Wiedergabe vor, sofern der urheberrechtsverletzende Inhalt unverzüglich nach Kenntniserlangung des Plattformbetreibers davon, dass der Inhalt auf der Plattform verfügbar ist, gelöscht oder der Zugang zu dem Inhalt gesperrt wird.²⁴⁶ Der Senat ist zudem der Ansicht, dass unter Zugrundelegung der Kriterien des EuGH eine öffentliche Wiedergabe zu verneinen sein müsste, da keine zentrale Rolle von YouTube angenommen werden könne.²⁴⁷ Hierfür sei „Kenntnis der Folgen des Handelns“ sowie Kenntnis des „Fehlen[s] der Erlaubnis des Rechteinhabers“²⁴⁸ notwendig.

In der bisherigen Rechtsprechung des EuGH wurde die Frage, ob Plattformbetreiber selbst eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornehmen, differenziert und individuell beurteilt, vornehmlich nach ökonomischen Gesichtspunkten.²⁴⁹ Abhängig gemacht wurde die Bewertung, ob eine öffentliche Wiedergabe vorliegt in dem Fall Airfield/SABAM unter anderem davon, ob der Betreiber der Plattform mit Gewinnerzielungsabsicht handelt.²⁵⁰ Zudem ist die Kenntnis des Betreibers der Plattform entscheidend.²⁵¹

Der Generalanwalt lehnt in seinen Schlussanträgen zu den verbundenen Rechtssachen YouTube und Uploaded eine öffentliche Wiedergabehandlung durch die Plattformbetreiber und damit eine eigene täterschaftliche Haftung ab.²⁵² Dem ist der EuGH in seiner Entscheidung gefolgt. In der nunmehr ergangenen Entscheidung des EuGH zu YouTube und Uploaded, stellt dieser fest, dass Betreiber von Video-Sharing- oder Sharehoster-Plattformen grundsätzlich nicht

²⁴⁴ OLG München, Urt. v. 17.11.2011 – 29 U 3496/11, ZUM-RD 2012, 88 (93 f.), hier wird nur eine Störerhaftung der Plattform YouTube diskutiert, auf die Möglichkeit einer Handlung der öffentlichen Wiedergabe wird gar nicht erst eingegangen; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (95 ff.); Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 175/10, BeckRS 2015, 14371 (Rn. 261 ff.); OLG München, Urt. v. 02.02.2017 – 29 U 1819/16, GRUR 2017, 619; Leistner, ZUM 2016, 580 (584 f.).

²⁴⁵ BGH, Beschluss v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132; Beschluss v. 20.09.2018 – I ZR 53/17, GRUR 2018, 1239. Die Verfahren I ZR 54/17 und I ZR 57/17 wurden zurückgestellt.

²⁴⁶ BGH, Beschluss v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132 (Rn. 30).

²⁴⁷ BGH, Beschluss v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132 (30 ff.).

²⁴⁸ BGH, Beschluss v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, GRUR 2018, 1132 (Rn. 34).

²⁴⁹ Leistner, ZUM 2016, 580 (584).

²⁵⁰ EuGH, Urt. v. 13.10.2011, C-431/09 und C-432/09, ZUM 2012, 236 (Rn. 80) – Airfield/SABAM; Leistner, ZUM 2016, 580 (584).

²⁵¹ Ohly, GRUR 2018, 1139 (1140).

²⁵² Saugmandsgaard Øe, Schlussanträge vom 16.07.2020 zu den Rechtssachen C-682/18, C-683/18, Rn. 68 ff.

täterschaftlich für die öffentliche Wiedergabe von von Nutzern hochbeladenen Inhalten haften.²⁵³ Eine täterschaftliche Haftung des Betreibers der Plattform kann nur dann angenommen werden, wenn dieser trotz konkreter Kenntnis des rechtsverletzenden Inhalts diesen nicht unverzüglich löscht oder sperrt

„oder wenn er, obwohl er weiß oder wissen müsste, dass über seine Plattform im Allgemeinen durch Nutzer derselben geschützte Inhalte rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht werden, nicht die geeigneten technischen Maßnahmen ergreift, die von einem die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können, um Urheberrechtsverletzungen auf dieser Plattform glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen“.²⁵⁴

Zudem kommt nach dem EuGH eine täterschaftliche Haftung in Betracht, wenn der Betreiber an der Auswahl der zugänglich gemachten Inhalte beteiligt ist oder er Hilfsmittel, die speziell dem Teilen rechtswidriger Inhalte dienen, zur Verfügung stellt oder das Teilen „wissentlich fördert“.²⁵⁵ Die Entscheidung bezieht sich auf die Rechtslage bevor die DSM-RL in Kraft getreten ist. Bedeutung für die Zukunft entfaltet die EuGH-Entscheidung daher lediglich für Diensteanbieter, die nicht unter die Definition des Art. 2 Nr. 6 der DSM-RL fallen.²⁵⁶ Die Entscheidung des EuGH bewegt sich nah an der Regelung des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL.²⁵⁷ Der EuGH geht dabei aber von einem anderen Grundsatz aus als Art. 17 Abs. 4 DSM-RL. Nach der DSM-RL haftet der Betreiber der Plattform grundsätzlich, kann sich aber exkulpieren, nach der Entscheidung des EuGH haftet der Betreiber der Plattform grundsätzlich nicht, muss aber bestimmte Verkehrssicherungspflichten einhalten.

d) Diensteanbieter als cheapest cost avoider

Die durch Art. 17 Abs. 1 der DSM-RL nunmehr geregelte unmittelbare Haftung der Diensteanbieter basiert auf einem ökonomischen Grundgedanken, was der eher ökonomischen Prägung des Urheberrechtsverständnisses auf EU-Ebene entspricht. Ausgangspunkt einer ökonomischen Betrachtung der Haftungsregel ist das Konzept der externen Effekte. Externe Effekte sind definiert als „Wirkungen, bei denen Verursacher und Betroffener nicht übereinstimmen“.²⁵⁸ Bei dem ökonomischen

²⁵³ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 102) – YouTube Uploaded.

²⁵⁴ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 84, 102) – YouTube Uploaded.

²⁵⁵ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 102) – YouTube Uploaded.

²⁵⁶ *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066 (Rn. 9).

²⁵⁷ *Specht-Riemenschneider*, GRUR 2021, 1066 (Rn. 6).

²⁵⁸ *Neubäumer/Hewel*, Volkswirtschaftslehre, 2001, 25. Hierzu auch *Morell*, in: Towfigh/Petersen, Ökonomische Methoden im Recht, 2017, Rn. 161.

mischen Schaden, der Rechteinhabern durch einen unberechtigten Upload ihrer Werke entsteht, handelt es sich um einen negativen externen Effekt. Das Zusammenwirken von Diensteanbieter und Nutzer führt zu einer Auswirkung auf einen Dritten, nämlich den Rechteinhaber. Der Rechteinhaber trägt selbst nicht zu der Verursachung des ihm entstehenden ökonomischen Schadens bei und ist auch sonst nicht in das Verhältnis zwischen Diensteanbieter und Nutzer involviert.

Aus der Perspektive der ökonomischen Analyse des Rechts ist dann zu erforschen, welcher Akteur der „cheapest cost avoider“ ist. Cheapest cost avoider ist derjenige, der „den Eintritt des Schadens mit dem geringsten Aufwand hätte verhindern können“.²⁵⁹ In Betracht kommen dafür der Geschädigte, der Schädiger oder ein Dritter.²⁶⁰ Für den Rechteinhaber als Geschädigten selbst ist es kaum möglich, den Schaden in Form der Verletzung seiner Rechte zu verhindern. In der Regel hat der Rechteinhaber vorab keine Kenntnis von der Nutzung seines Werkes. Auch im Nachhinein ist die ständige Kontrolle der Nutzung der Werke, an denen ein Rechteinhaber Ausschließlichkeitsrechte innehat, mit großem zeitlichen und dementsprechend monetären Aufwand verbunden. Die Nutzer als Schädiger sind zum einen schwer zu erreichen,²⁶¹ zum anderen ist für die Nutzer die Klärung von Rechten an geschützten Werken und der Abschluss von Lizenzverträgen mit den Rechteinhabern mit prohibitiven Transaktionskosten verbunden. Dementsprechend sind auch die Nutzer kein geeignetes Regulierungssubjekt. Obschon Diensteanbieter selbst keine urheberrechtlich geschützten Werke auf von ihnen betriebene Plattformen hochladen, ist ihnen mit dem geringsten Aufwand die Vermeidung des Schadens möglich. Spätestens durch die technische Möglichkeit der automatisierten Filterung von Inhalten sind sie zum cheapest cost avoider geworden.²⁶² Bereits in der InfoSoc-RL, in Erwägungsgrund 59, wird es als notwendig erachtet, Vermittler in Anspruch zu nehmen. Die Begründung dessen bestätigt, dass auf EU-Ebene schon bei der Verabschiedung der InfoSoc-RL die Vermittler respektive Diensteanbieter als cheapest cost avoider gesehen wurden. Dort heißt es: „Oftmals sind diese Vermittler am besten in der Lage, diesen Verstößen ein Ende zu setzen.“ In Art. 8 Abs. 3 der InfoSoc-RL ist die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten statuiert, dafür Sorge zu tragen, dass „Rechteinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts [...] genutzt werden“. Die Regelung in Art. 17 Abs. 1 DSM-RL, dass die Diensteanbieter, die

²⁵⁹ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020, 279.

²⁶⁰ Schäfer/Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020, 279.

²⁶¹ Leistner, ZUM 2016, 580 (586).

²⁶² Kastl, Automatisierung im Internet, 2016, 439; Leistner, ZUM 2016, 580 (586), Leistner sieht die Diensteanbieter wohl unabhängig von den technischen Möglichkeiten als cheapest cost avoider oder bottleneck an.

Nutzern das Hochladen und Speichern von Werken ermöglichen, selbst eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 3 der InfoSoc-RL vornehmen, und diese dementsprechend in die Haftung zu nehmen, kann als eine konsequente Weiterentwicklung gesehen werden. Indem Art. 17 Abs. 1 DSM-RL regelt, dass Diensteanbieter selbst eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornehmen, werden diese zu den Schädigern.

Der Ansatz der Regulierung bei Diensteanbietern bedeutet eine durchaus angemessene Lastenverteilung. Diensteanbieter legen ihr Konzept auf Nutzer aus und nicht auf die Rechteinhaber. Rechteinhaber sollen als Verletzte dementsprechend nicht die Last tragen, den Schadenseintritt vorab zu verhindern oder nach Schadenseintritt den Anspruch geltend zu machen.²⁶³ Nutzer sind ausgehend von deren Ressourcen als Verbraucher nicht dazu in der Lage, die oft komplexe urheberrechtliche Lage zu bewerten und Lizenzen einzuholen. Diensteanbieter können den Schaden mit dem geringsten Aufwand verhindern. Zudem profitieren sie finanziell von dem Upload möglichst vieler Werke, dementsprechend ist ihnen auch die Verhinderung des Schadens in Form negativer externer Effekte für Rechteinhaber zumutbar. Aus ökonomischer Sicht sind Diensteanbieter daher die geeigneten Regulierungsobjekte, die zur Verhinderung des Eintritts des Schadens verpflichtet werden sollten.

3. Verabschiedungsprozess und Wahrnehmung im öffentlichen Diskurs

Seit dem Vorschlag der Europäischen Kommission für die Richtlinie vom 14.09.2016 hat, damals noch Art. 13, nunmehr Art. 17 der DSM-RL, einige Veränderungen durchlaufen, Passagen wurden aufgenommen und wieder verworfen. Der Text des Vorschlages war noch deutlich kürzer, er sah nur drei Absätze vor. Demnach sollten

„Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzern hochgeladenen Werke [...] in Absprache mit den Rechteinhabern speichern oder öffentlich zugänglich machen, [...] Maßnahmen [ergreifen], um zu gewährleisten, dass die mit den Rechteinhabern geschlossenen Vereinbarungen [...] eingehalten werden“.

Als solche „Maßnahmen“ wurden in dem Vorschlag „wirksame Inhaltserkennungstechniken“ genannt. Die Forderung nach dem Einsatz wirksamer Inhaltserkennungstechniken löste unter dem Schlagwort „Upload-Filter“ Widerstand in der Bevölkerung, insbesondere bei einem jungen Publikum und der sogenannten Netzgemeinde aus. Die Rede war von einer „Zensurinfrastruktur“, die einen „Angriff auf unsere Grundrechte“²⁶⁴ darstelle und von einem „Rückschlag für

²⁶³ Nordemann, IIC 2019, 275 (276).

²⁶⁴ <https://juliareda.eu/2017/10/fatale-filter-fehlentscheidungen/>.

das freie Internet“²⁶⁵. Kurz vor der Abstimmung im EU-Parlament demonstrieren Schätzungen zufolge ca. 170.000 Personen in Europa gegen damals Art. 13, in der verabschiedeten Fassung Art. 17 der DSM-RL.²⁶⁶ Eine Online-Petition mit dem Titel „Stoppt die Zensurmaschine – Rettet das Internet!“ hat bis Mai 2019 über 5 Millionen Unterschriften gesammelt.²⁶⁷ Die Formulierung des Artikels wurde in der verabschiedeten Fassung geändert, in Art. 17 der DSM-RL ist nunmehr nicht mehr die Rede von „wirksamen Inhaltserkennungstechniken“, sondern davon, dass Diensteanbieter „alle Anstrengungen“ „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards“ unternehmen müssen, damit Werke, zu denen keine Lizenzvereinbarungen abgeschlossen wurden, nicht verfügbar sind. Diese Anforderung wird ungeachtet der Wortlautänderung gemeinhin als nur durch den Einsatz von Filtertechnologien, also eben jenen Inhaltserkennungstechniken, umsetzbar gesehen.²⁶⁸ Inwieweit die Wortlautänderung unmittelbar auf die Proteste zurückzuführen ist, ist nicht abschließend klar.²⁶⁹

4. Parallelen zu der Debatte um DRMS

Die Parallelen in der Diskussion um den Einsatz von Filtertechnologien, die mit der Verabschiedung des Art. 17 DSM-RL einhergingen, machen einen Blick auf technische Schutzmaßnahmen, auch Digital-Rights-Management-Systeme (DRMS) genannt, lohnenswert.²⁷⁰

Hervorgerufen durch die mit der Digitalisierung verbundenen Möglichkeiten der kostenlosen, annähernd ohne Qualitätsverluste erzeugten Kopie von in Daten niedergelegten Werken des geistigen Eigentums, begann die Entwicklung dahingehend, digital verbreitete Werke ebenfalls durch Technologie vor eben solchen Kopien zu schützen.²⁷¹ Technische Schutzmaßnahmen wurden von der Content-Industrie entwickelt, um unautorisierten Kopien entgegenzuwirken. Technische

²⁶⁵ <https://juliareda.eu/2018/09/ep-pro-uploadfilter-leistungsschutzrecht/>.

²⁶⁶ <https://www.sueddeutsche.de/politik/uploadfilter-artikel-13-urheberrecht-demonstration-1.4352149>; *Hurtz*, Süddeutsche Zeitung 23.03.2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/digital/upload-filter-urheberrecht-demo-berlin-1.4380487>; *Reuter*, <https://netzpolitik.org/2019/demos-gegen-uploadfilter-alle-zahlen-alle-staedte/>.

²⁶⁷ <https://www.change.org/p/stoppt-die-zensurmaschine-rettet-das-internet-uploadfilter-artikel13-saveyourinternet>.

²⁶⁸ Siehe hierzu in diesem Kapitel oben unter 1.

²⁶⁹ *Heldt*, in: Schrör/Fischer/Beaucamp/Hondros, *Tipping Points*, 2020, S. 21 (31).

²⁷⁰ Hierauf soll nur knapp eingegangen werden, die Literatur diesbezüglich ist weitreichend und ein substantieller Beitrag könnte nicht mehr erfolgen. Statt vieler: *Arlt*, *Digital Rights Management Systeme*, 2006; *Specht*, *Diktat der Technik*, 2019; *Wand*, *Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht*, 2001.

²⁷¹ *Lessig*, *Code 2.0*, 2006, 176 ff.

Schutzmaßnahmen, die in Bezug auf urheberrechtlich geschütztes Material bestimmte Nutzungshandlungen beschränken, werden bereits seit Mitte der 1980er Jahre eingesetzt.²⁷² Begonnen hat die Entwicklung mit dem Einsatz sogenannter „Dongles“ zum Schutz von Computersoftware.²⁷³ DVDs werden beispielsweise durch ein Content Control System (CCS) geschützt. Auch Streamingdienste nutzen DRMS, allerdings solche, die fast unbemerkt im Hintergrund wirken.²⁷⁴

Urheberrechtlich werden DRMS durch schützende Rechtsnormen flankiert. Mit § 95a UrhG wurde eine Norm geschaffen, die die Umgehung wirksamer technischer Schutzmaßnahmen verbietet. § 95a UrhG basiert auf der unionsrechtlichen Vorschrift des Art. 6 der InfoSoc-RL und völkerrechtlich auf Art. 11 WCT²⁷⁵, Art. 18 WPPT²⁷⁶. Der Schutz der Ausschließlichkeitsrechte des Rechteinhabers wird hierdurch zusätzlich abgesichert.²⁷⁷ Eine Besonderheit in diesem Zusammenhang ist die in § 95b UrhG, basierend auf Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL, gesetzlich geregelte Verpflichtung, den Zugang zum Werk im Rahmen der gelisteten Schrankenbestimmungen zu ermöglichen.²⁷⁸

Sowohl DRMS als auch Filtertechnologien dienen der Durchsetzung von Urheberrechten im digitalen Kontext. Der entscheidende Unterschied zwischen DRMS und Filtertechnologien ist, dass DRMS durch Rechteinhaber selbst eingesetzt werden zum Schutz der ihnen zugewiesenen Ausschließlichkeitsrechte. Filtertechnologien hingegen werden von Diensteanbietern eingesetzt, damit diese Rechteinhabern gegenüber nicht haften, wenn Nutzer deren Werke über die Plattform verbreiten, ohne hierzu berechtigt zu sein. Bei DRMS handelt es sich um eine Privatisierung der Grenzziehung der Freiheiten hinsichtlich der Nutzung digitaler Werke durch die Urheberrechtsinhaber selbst.²⁷⁹ Bei Filtertechnologien findet zwar auch eine Privatisierung der Durchsetzung der Rechte von Urheberrechtsinhabern statt, hier aber zumindest mittelbar auf Geheiß der Rechtsprechung beziehungsweise nunmehr des EU-Gesetzgebers, um einer Haftung für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte zu entgehen. DRMS werden durch

²⁷² *Arlt*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7 Schutz und Identifizierung durch technische Schutzmaßnahmen, Rn. 5.

²⁷³ *Arlt*, in: Hoeren/Sieber/Holznagel, Handbuch Multimedia-Recht, Teil 7.7 Schutz und Identifizierung durch technische Schutzmaßnahmen, Rn. 5.

²⁷⁴ Entsprechende Online-Suchanfragen zu „Spotify DRM“ führen zu einer Vielzahl an Erklärungen, wie technische Schutzmaßnahmen entfernt werden können.

²⁷⁵ WIPO Copyright Treaty (WCT) adopted in Geneva on December 20, 1996.

²⁷⁶ WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT) adopted in Geneva on December 20, 1996.

²⁷⁷ *Specht*, Diktat der Technik, 2019, 197.

²⁷⁸ Wobei sich hieraus kein Selbsthilferecht ergeben soll: *BT-Drs. 15/38* 06.11.2002, 27.

²⁷⁹ *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, 2013, 219; *Lessig*, Code 2.0, 2006, 185 ff.

Rechteinhaber eingesetzt, damit ein Kopieren im Sinne des Vervielfältigungsrechts nach §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG verhindert wird. Filter werden durch Plattformbetreiber eingesetzt, damit diese nicht zur Verbreitung im Sinne von § 17 UrhG beziehungsweise zur öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne von § 19a UrhG genutzt werden und sie hierdurch einer Haftung gegenüber den Rechteinhabern ausgesetzt sind. Filter sind die konsequente Reaktion auf die weitere Entwicklung der Digitalisierung, die sich dadurch auszeichnet, dass nicht mehr der „Besitz“ einer digitalen Kopie für Nutzer im Vordergrund steht – ein Bedürfnis, das noch Nähe zu der prä-digitalen Ära zeigt – sondern es um die unbegrenzte Möglichkeit des Werkgenusses geht.²⁸⁰

Die eingesetzten DRMS stießen auf Widerstand bei Verbrauchern.²⁸¹ Auch hier besteht die Sorge, dass die gesetzlich eingeräumten Schranken des Urheberrechts nicht mehr vollumfänglich von Verbrauchern wahrgenommen werden können. Diese Kritik erfährt Unterstützung auch aus der urheberrechtlichen Forschung. Die Argumentation ist ähnlich wie bei dem Einsatz von Filtertechnologien. Die Möglichkeiten der Nutzer werden nicht mehr durch Recht und Rechtsdurchsetzung bestimmt, sondern durch Technologie,²⁸² wodurch das Gleichgewicht der Rechte der Rechteinhaber und der Nutzer ins Wanken geraten kann.²⁸³

V. Das neue Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz

Mit dem UrhDaG wird Art. 17 DSM-RL in einem neuen Stammgesetz umgesetzt.²⁸⁴ Art. 17 der DSM-RL lässt den jeweiligen Mitgliedstaaten gewisse Spielräume bei der Umsetzung, die auch genutzt wurden.²⁸⁵

§ 1 Abs. 1 UrhDaG regelt die öffentliche Wiedergabe durch den Diensteanbieter in Bezug auf von Nutzern hochgeladene Inhalte. Damit wird die zentrale Re-

²⁸⁰ Siehe hierzu die Statistik des Bundesverbandes Musikindustrie, wonach im Jahr 2020 nur noch 5,7 Prozent des Anteils an der Gesamtzeit des Musikhörens auf physische Tonträger entfallen: <https://www.musikindustrie.de/markt-bestseller/musikindustrie-in-zahlen/musiknutzung-2020>.

²⁸¹ Siehe als Beispiel nur *Beckedahl*, <https://netzpolitik.org/2008/35-tage-gegen-drm/>; *Kurz*, <https://netzpolitik.org/2017/zugangsrestriktionen-internationaler-aktionstag-gegen-drm/>.

²⁸² *Lessig*, Code 2.0, 2006, 179; *Specht*, Diktat der Technik, 2019, 60.

²⁸³ *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, 2013, 217; *Mackenrodt*, Technologie statt Vertrag?, 2015, 23 f.

²⁸⁴ Nach der Begründung des Regierungsentwurfes wäre eine „schlüssige Integration in das dogmatische Konzept des Urheberrechtsgesetzes [...] problematisch und wenig anwenderfreundlich“ gewesen, 9.3.2021, 44. Alternativen zu der Umsetzung in einem neuen Stammgesetz diskutiert *Leistner*, ZUM 2020, 897 (909 f.).

²⁸⁵ *Hofmann*, NJW 2021, 1905 (Rn. 3); *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288 (289).

gelung des Art. 17 Abs. 1 DSM-RL umgesetzt. § 1 Abs. 2 UrhDaG enthält die Möglichkeit des Diensteanbieters einer Haftung für die öffentliche Wiedergabe zu entgehen, wenn dieser „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards“ seine Pflichten nach § 4 und den §§ 7 bis 11 UrhDaG erfüllt. § 4 Abs. 1 UrhDaG enthält entsprechend Art. 17 Abs. 4 lit. a DSM-RL die primäre Pflicht eine Lizenz beim Rechteinhaber einzuholen.²⁸⁶ Diese Lizenz gilt nach § 6 Abs. 1 UrhDaG auch für den Nutzer, nach § 6 Abs. 2 UrhDaG gilt eine Lizenz des Nutzers auch für den Diensteanbieter.

Erlaubt ist die öffentliche Wiedergabe auch dann, wenn sie durch eine der Schranken des Urheberrechts gedeckt ist. § 5 UrhDaG statuiert explizit, dass die öffentliche Wiedergabe zum Zwecke der Wahrnehmung einer Schranke des Urheberrechts zulässig ist. In § 5 Abs. 1 Nr. 2 werden auch Pastiche genannt, die neu in § 51a UrhG aufgenommen wurden. In Abs. 1 Nr. 3 enthält § 5 UrhDaG eine Auffangklausel für die Wahrnehmung von Schranken über die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL aufgezählten Zitat, Kritik, Rezension, Karikatur, Parodie und Pastiche hinaus. Die Möglichkeit der Wahrnehmung von Schranken ist im UrhDaG als zwingend geregelt, was der Regelung in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL entspricht.²⁸⁷ Durch die verpflichtend geltenden Schranken tritt eine Verbesserung der Situation der Nutzer ein. Den Interessen der Urheber kommt ein gesetzlicher Vergütungsanspruch für die Nutzung von urheberrechtlichen Schranken nach § 5 Abs. 2 UrhDaG²⁸⁸ sowie eine Vergütungspflicht für die mutmaßlich erlaubten Nutzungen nach § 12 Abs. 1 UrhDaG und der Direktvergütungsanspruch nach § 4 Abs. 3 UrhDaG²⁸⁹ entgegen.

Die Bestimmung zur sogenannten qualifizierten Blockierung in § 7 Abs. 1 UrhDaG enthält die für die automatisierte Durchsetzung von Rechten entscheidende Regelung, dass Diensteanbieter, um einer Haftung zu entgehen, verpflichtet sind, „durch Sperrung oder Entfernung (Blockierung) bestmöglich sicherzustellen, dass ein Werk nicht öffentlich wiedergegeben wird und hierfür auch künftig nicht verfügbar ist“. Nach Maßgabe des Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL ist Voraussetzung hierfür, dass der Rechteinhaber mitwirkt, indem er die entspre-

²⁸⁶ Umstritten ist die genaue Rechtsnatur dieser Regelung; insbesondere, ob es sich dabei um einen Kontrahierungszwang handelt, siehe hierzu *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288 (291).

²⁸⁷ So auch *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288 (293); *Stieper*, GRUR 2020, 699 (700). Hierzu ausführlich unter Kapitel 5, I.

²⁸⁸ Einen gesetzlichen Vergütungsanspruch für die Schrankenregelungen forderten zum Beispiel *Wandtke/Hauck*, ZUM 2020, 671 (681) noch in Bezug auf den Diskussionsentwurf, der einen solchen Anspruch nicht vorsah. Kritisch zu der Vergütungspflicht aus Sicht der Diensteanbieter *Conrad/Nolte*, ZUM 2021, 111 (114 ff.) in Bezug auf den Referentenentwurf.

²⁸⁹ Wie bereits von *Metzger/Senffleben*, JIPITEC 2020, 115 (Rn. 59) vorgeschlagen.

chenden Informationen zur Verfügung stellt.²⁹⁰ Im UrhDaG werden damit ebenfalls Upload-Filter nicht explizit genannt, auch hier dürfte allerdings Einigkeit bestehen, dass eine Umsetzung der Pflichten durch die Diensteanbieter ohne den Einsatz von Upload-Filtern nicht möglich sein wird.²⁹¹ Die Formulierung der „bestmöglich[en]“ Sicherstellung gewährleistet, dass eine fehlerhafte Filterung, also false negatives, nicht bereits bei einer nur kurzen Verfügbarkeit zu einer Haftung der Plattformbetreiber führen und entlastet diese hierdurch.²⁹² Maßgeblich für die Nutzerrechte ist § 7 Abs. 2 S. 1 UrhDaG, wo betont wird, dass Blockierungen nicht dazu führen dürfen, dass Nutzungen, die gesetzlich erlaubt sind, unterbunden werden.

Die Regelung zur einfachen Blockierung in § 8 UrhDaG enthält das in Art. 17 Abs. 4 lit. c DSM-RL vorgesehene notice-and-take-down-Verfahren. Es geht hierbei um die Blockierung bereits hochgeladener Werke auf Verlangen des Rechteinhabers.

Werden automatisierte Verfahren eingesetzt, um der Verpflichtung nach § 7 Abs. 1 UrhDaG nachzukommen, so sind nach § 7 Abs. 2 S. 2 UrhDaG die Regelungen der §§ 9 bis 11 UrhDaG anzuwenden (ausgenommen ist nach S. 3 die Nutzung von Filmwerken oder Laufbildern bis die erstmalige öffentliche Wiedergabe abgeschlossen ist). Die §§ 9 bis 11 UrhDaG sind in der Begründung des Regierungsentwurfs zum UrhDaG als „neuartiges prozedurales Instrument“²⁹³ genannt. Dort sind bestimmte Maßnahmen geregelt, um der Gefahr des Overblocking zu begegnen und so den Nutzern entgegenzukommen. Sie dienen nach der Begründung des Regierungsentwurfs dem Ziel, die Meinungsfreiheit und die Kunstfreiheit der Nutzer zu stärken.²⁹⁴ § 9 Abs. 2 UrhDaG enthält die widerlegliche Vermutung, dass bestimmte Nutzungen erlaubt sind. Solche Nutzungen sollen nach § 9 Abs. 1 UrhDaG bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens zugänglich bleiben. Es handelt sich dabei nach *Metzger/Pravemann* um einen „temporären Vorschutz“, bei dem es sich nach Sinn und Zweck um eine „Overblocking-Schranke“ handelt.²⁹⁵

²⁹⁰ Siehe hierzu unter Kapitel 3, II. Für die Erstellung eines digitalen Fingerabdrucks, der abgeglichen wird, wird die Referenzdatei benötigt.

²⁹¹ *Frey/Rudolph*, MMR 2021, 671 (673); *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288 (299). In Bezug auf den Diskussionsentwurf *Becker*, ZUM 2020, 681 (688).

²⁹² *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288 (291 f.).

²⁹³ *BT-Drs. 19/27426* 9.3.2021, 46.

²⁹⁴ *BT-Drs. 19/27426* 9.3.2021, 46.

²⁹⁵ *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288 (294 f.). Problematisch könnte sein, ob eine solche Schranke auch in Hinblick auf den abschließenden Schrankenkatalog in Art. 5 Abs. 2 der InfoSoc-RL richtlinienkonform ist, hierzu ausführlich *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288 (295). Nach dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung *BT-Drs. 19/27426* 9.3.2021, 46 handelt es sich um ein „prozedurales Instrument“. Nach Ansicht von *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021,

§ 11 Abs. 1 Nr. 3 UrhDaG enthält eine Bestimmung zum sogenannten flagging – der Kennzeichnung von Nutzungen, die durch eine Schranke des Urheberrechts gedeckt sind. Die Pflicht der Diensteanbieter, flagging zu ermöglichen, ergibt sich nicht unmittelbar aus Art. 17 DSM-RL, wurde aber im Prozess der Umsetzung von mehreren Seiten vorgeschlagen.²⁹⁶ Durch die Möglichkeit, bestimmte Inhalte als gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen, kommt den Nutzern gegenüber Plattformen eine verbesserte Position zu, zumal die Plattformbetreiber nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UrhDaG nunmehr auch Informationspflichten gegenüber den Nutzern haben.²⁹⁷ Konsequenz ist nach § 9 UrhDaG, dass die entsprechend gekennzeichneten Inhalte, wenn sie zusätzlich die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 Nr. 1 und 2 UrhDaG erfüllen, also „weniger als die Hälfte eines Werkes eines Dritten oder mehrere Werke Dritter enthalten“ und „die Werkteile [...] mit anderem Inhalt kombinieren“ als mutmaßlich erlaubt gelten. Damit sind sie bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens öffentlich wiederzugeben. Dasselbe gilt für geringfügige Nutzungen im Sinne des § 10 UrhDaG. Durch diese Mechanismen sind die Rechte der Nutzer vor einer automatisierten Rechtsdurchsetzung im Vorfeld gut geschützt. Das Beschwerdeverfahren darf nach 14 Abs. 3 Nr. 3 UrhDaG maximal eine Woche dauern. In dieser Zeit haftet der Diensteanbieter nach § 12 Abs. 2 UrhDaG nicht. Auf Schadensersatz haftet der Diensteanbieter auch danach gemäß § 12 Abs. 2 S. 3 UrhDaG nur dann, wenn er gegen die ihm im Rahmen des Beschwerdeverfahrens obliegenden Pflichten verstoßen hat. Wird das flagging durch einen Nutzer missbräuchlich genutzt, kann der Nutzer nach § 18 Abs. 5 UrhDaG „für einen angemessenen Zeitraum von der Möglichkeit zur Kennzeichnung erlaubter Nutzungen“ ausgeschlossen werden.

Als Gegenstück zu dem flagging zugunsten der Nutzer haben „vertrauenswürdige Rechteinhaber“²⁹⁸ nach § 14 Abs. 4 UrhDaG die Möglichkeit, die Vermutung der erlaubten Nutzung zu widerlegen und darzulegen, dass die wirtschaft-

1109 (1110 ff.) sind die mutmaßlich erlaubten Nutzungen unionsrechtswidrig. Zu dieser Problematik auch Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 755 (760). Anderer Ansicht ist Hofmann, NJW 2021, 1905 (Rn. 14) nach dem es sich bei § 9 Abs. 2 UrhDaG gerade nicht um eine Schranke handelt, sondern um eine „[p]rozedurale Absicherung[] von Nutzerrechten“.

²⁹⁶ Dreier, GRUR 2019, 771 (777); Hofmann, GRUR 2019, 1219 (1227 f.); Spindler, CR 2019, 277 (Rn. 88).

²⁹⁷ Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 288 (296).

²⁹⁸ Welche Rechteinhaber als vertrauenswürdige einzustufen sind, ist offen; nach der Begründung des Regierungsentwurfes ist die „Vertrauenswürdigkeit des Rechteinhabers [...] vom Diensteanbieter zu beurteilen und kann sich beispielsweise aus dem Umfang des beim Diensteanbieter hinterlegten werthaltigen Repertoires, dem damit verbundenen Einsatz besonders qualifizierten Personals oder auch aus der erfolgreichen Durchführung etlicher Beschwerdeverfahren in der Vergangenheit ergeben“, BT-Drs. 19/27426 9.3.2021, 144.

liche Verwertung des Werks erheblich beeinträchtigt wird.²⁹⁹ Die Konsequenz hiervon ist, dass Diensteanbieter den entsprechenden Inhalt bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens sofort blockieren müssen. Interessant ist, dass für die Erklärung des Rechteinhabers explizit geregelt ist, dass diese „nach Prüfung durch eine natürliche Person“ stattzufinden hat, für Diensteanbieter aber nicht geregelt ist, dass diese eine Prüfung durch eine natürliche Person vorzunehmen haben, im Gegenteil, nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum UrhDaG hat die „sofortige Blockierung“³⁰⁰ automatisiert stattzufinden.³⁰¹

In den §§ 13 bis 17 des UrhDaG sind in Umsetzung des Art. 17 Abs. 9 DSM-RL Rechtsbehelfe geregelt.³⁰²

VI. Zwischenergebnis

Ausgangspunkt des Kapitels war die Untersuchung der jeweiligen Rechtsverhältnisse zwischen Diensteanbietern, Nutzern und Rechteinhabern. Diese legt zusammen damit, dass die Notwendigkeit von technologieneutralen Regeln festgestellt wurde, den Grundstein des Kapitels. Technische Möglichkeiten dürfen nicht zu einer Überschattung rechtlicher Wertungen führen, wenn sie Rechtsprechung und Rechtsetzung beeinflussen. Basierend hierauf konnte in einer vertieften Untersuchung der Rechtsprechung des BGH sowie der YouTube-Entscheidung des OLG Hamburg zum Einsatz von Filtertechnologien herausgearbeitet werden, dass einerseits Plattformbetreibern de facto eine Pflicht zum Einsatz von Filtertechnologien zur Verhinderung der Verfügbarkeit urheberrechtsverletzender Inhalte auferlegt wird. Dabei bedingt die technische Möglichkeit zur Filterung nach der Rechtsprechung das Ausmaß der Prüfpflichten der Plattformbetreiber. Andererseits zeichnet die Rechtsprechung des EuGH Grenzen des Einsatzes von Filterpflichten basierend auf den Rechten der Nutzer, insbesondere dem Schutz personenbezogener Daten. Mit Art. 17 der DSM-RL wurde die Haftung von Diensteanbietern nunmehr auf Ebene der EU in eine Rechtsnorm gegossen. Ziel der Reform war, die Harmonisierung der Regelungen zum Urheberrecht auf europäischer Ebene voranzutreiben und durch eine Stärkung der Position der Rechteinhaber die Erzeugung kreativer Inhalte zu fördern. Kernaspekt der Rege-

²⁹⁹ Es handelt sich dabei um den sogenannten „kill switch“, Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 288 (298 f.) oder „roten Knopf“, BT-Drs. 19/27426 9.3.2021, 143.

³⁰⁰ BT-Drs. 19/27426 9.3.2021, 144.

³⁰¹ Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 288 (299) fordern auch in Hinblick auf Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 S. 2 DSM-RL, eine Plausibilitätsprüfung durch die Plattformbetreiber. Nach dem BT-Drs. 19/27426 9.3.2021, 144 besteht kein Ermessen des Diensteanbieters.

³⁰² Siehe hierzu ausführlich unter Kapitel 5, I. 3. c).

lung des Art. 17 DSM-RL ist die unmittelbare Haftung bestimmter Diensteanbieter für Urheberrechtsverletzungen über die jeweilige Plattform. Gegenstand des Anstoßes der, mit dem Widerstand gegen DRMS vergleichbaren, beachtlichen öffentlichen Proteste gegen die Regelung war, dass als Maßnahme zur Enthftung durch Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL der Einsatz von Filtertechnologien nahegelegt wird. Zur Umsetzung der Norm auf nationaler Ebene liegt das UrhDaG vor. Dort werden die zentralen Haftungsregelungen des Art. 17 DSM-RL übernommen. Zur Vermeidung übermäßiger Blockierungen sind dort zudem bestimmte „mutmaßlich erlaubte Nutzungen“ vorgesehen.

Zwar ist eine Vorrangstellung rechtlicher Überlegungen in der Rechtsprechung und auch in den dem Art. 17 DSM-RL zugrundeliegenden Erwägungen festzustellen, doch ist weiter zu forschen, ob bei dem Einsatz automatisierter technischer Systeme zur Durchsetzung von Recht (auch unabhängig von der Frage des „overenforcement“) der Rechtsschutz für Nutzer *de lege lata* ausreichend ist. Dies wird im Folgenden untersucht.

Dritter Teil:

Antworten des Rechts auf den Steuerungscharakter von Technologie

Kapitel 5:

Rechtsschutz für Nutzer im Zusammenhang mit dem Einsatz automatisierter Systeme *de lege lata*

Wie gezeigt birgt der Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung einerseits Gefahren für die Rechte von Nutzern, wenn die Technologie fehlerhaft funktioniert, zum anderen aber auch unabhängig von der Frage nach der Funktionalität. Die rechtliche Situation der Nutzer, insbesondere von Nutzern von Plattformen, auf denen diese Inhalte teilen, soll daher nun *de lege lata* eingehender untersucht werden. Der Zielkonflikt zwischen der Notwendigkeit zum Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung im digitalen Kontext und der Notwendigkeit des Schutzes von Nutzern spiegelt sich im Urheberrecht in der Struktur des Art. 17 DSM-RL wider: Zunächst werden die zu ergreifenden Maßnahmen zur Sicherstellung des Urheberrechtsschutzes beschrieben, um anschließend Korrekturmechanismen zu statuieren.¹ In der Umsetzung im UrhDaG liegt der Fokus verstärkt auf dem Schutz der Rechte der Nutzer, bevor es zu einer Filterung kommt. Hierauf wird vorab, im Zusammenhang mit der Frage eines subjektiven Rechtes auf die Freiheiten aus den Schranken des Urheberrechts, eingegangen. Anhand der Schutzmaßnahmen, die in Art. 17 DSM-RL und dessen Umsetzung in dem UrhDaG bereits vorgesehen sind, sowie anhand der Rechtsprechung zu Fehlleistungen automatisierter Systeme, kann geprüft werden, ob der europäische Gesetzgeber und die Rechtsprechung den Gefahren, die sich bei Fehlleistungen der Technologie durch automatisierte Rechtsdurchsetzung ergeben, adäquat begegnen (I.). Von Bedeutung, vor allem in Anbetracht weiterer technischer Entwicklung, ist aber insbesondere auch, welche Regelungen im Recht unabhängig von der Funktionalität bestimmter Technologien zum Schutz von Nutzern bestehen (II.) und inwieweit Nachbesserungsbedarf für die Zukunft besteht (hierzu unten Kapitel 6), sofern das Konzept der Rechtsdurchsetzung durch Technologie – wie durchaus zu erwarten ist – weiter ausgebaut wird.

¹ Spindler, CR 2019, 277 (Rn. 40).

I. Schutz bei Fehlleistungen der Technologie

Technologie zur automatisierten Rechtsdurchsetzung ist, wie erörtert,² fehleranfällig. Wenn es zu Fehlern kommt, müssen Mechanismen zum Schutz der Nutzer bestehen, um Fehler ex ante vorzubeugen oder in jedem Fall ex post zu korrigieren und die Ausübung fälschlicherweise verhinderten zulässigen Handelns zu ermöglichen. Zunächst wird daher im Zusammenhang mit der Frage des Bestehens eines subjektiven Rechtes von Nutzern auf die Freiheiten aus den urheberrechtlichen Schrankenregelungen auf ex ante Schutzmechanismen, die der Vorbeugung von Fehlern dienen, eingegangen (1.). Zudem wird ein Exkurs zu vertraglichen put-back-Ansprüchen vorgenommen (2.). Nachgelagerte Mechanismen im Recht zum Schutz von Nutzern vor spezifischen Gefahren für Rechte, die sich aus Fehlleistungen eingesetzter Filtertechnologie zur Urheberrechtsdurchsetzung ergeben, finden sich in den Beschwerde- und Rechtbehelfsverfahren nach Art. 17 Abs. 9 der DSM-RL und dem UrhDaG (3.). Abschließend wird zu dem Umgang der Rechtsprechung mit Fehlleistungen von Filtertechnologien ausgeführt (4.).

1. Subjektives Recht auf Freiheiten aus Schrankenregelungen und präventiver Schutz von Nutzerrechten

Im digitalen Umfeld steht die Sicherung der Schranken des Urheberrechts praktisch im Belieben des Rechteinhabers und/oder des Diensteanbieters, auf dessen Plattform ein Nutzer sich bewegt.³ Der Unterschied der Situation der Anordnung des Einsatzes von Filtertechnologien durch die Regelung des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL zu der Situation, in der Filtertechnologien von Seiten der Diensteanbieter mehr oder weniger freiwillig eingesetzt wurden, ist die verstärkte grundrechtliche Relevanz bei einer durch eine Rechtsnorm staatlicherseits geregelten Maßnahme.⁴ In diesem Zusammenhang scheint eine Stärkung der Rechtsposition der Nutzer notwendig und konsequent. Die Schrankenregelungen des Art. 5 Abs. 3 der InfoSoc-RL und deren Umsetzung im deutschen Urheberrecht gestalten sich eher als Privilegien der Nutzer, die diesen gewährt werden können, denn als subjektive Rechte. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL regelt nun, dass Werke, die nicht gegen das Urheberrecht verstoßen, nicht blockiert werden dürfen und die Sicherung der Schranken für Zitate, Kritik und Rezensionen (Abs. 7 lit. a) sowie Karikaturen, Parodien oder Pastiches (lit. b) durch die Mitgliedsstaaten gewährleistet

² Unter Kapitel 3, II., III.

³ Peukert, Die Gemeinfreiheit, 2012, Rn. 515.

⁴ Müller-Terpitz, ZUM 2020, 365 (369 f.); Spindler, CR 2019, 277 (Rn. 77).

sein muss. Unter Betrachtung des Erwägungsgrundes 70 Unterabsatz 1 S. 4 der DSM-RL, der besagt, die „Ausnahmen und Beschränkungen sollten deshalb verpflichtend gelten“ ist anzunehmen, dass die entsprechenden Schranken zumindest in Bezug auf den Regelungsbereich des Art. 17 DSM-RL nunmehr verpflichtend gelten sollen und die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL genannten Schranken als subjektive Rechte der Nutzer zu sehen sind.⁵ Auch in der Umsetzung des Art. 17 Abs. 7 DSM-RL sind die Schrankenregelungen entsprechend ausgestaltet. Die in § 5 Abs. 1 UrhDaG geregelte Zulässigkeit der öffentlichen Wiedergabe der genannten gesetzlich erlaubten Nutzungen stellt ein subjektives Recht der Nutzer dar.⁶

Über die Annahme der in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL statuierten Schranken als subjektive Rechte der Nutzer im Anwendungsbereich der DSM-RL hinaus kann diskutiert werden, ob Art. 17 Abs. 7 DSM-RL als ein Schritt in Richtung eines allgemeinen subjektiven Rechts der Nutzer auf die genannten Schranken gesehen werden kann. Hierfür spräche eine wertende Betrachtung, der eine Ungleichbehandlung von Nutzern je nach Kontext der Nutzung in Bezug auf den Charakter der Schrankenbestimmungen widersprechen würde.⁷

Auch wenn ein subjektives Recht auf die Freiheiten aus den Schrankenregelungen durch Art. 17 Abs. 7 der DSM-RL konstituiert wird, bleibt die Last der Durchsetzung der Nutzerrechte im Falle von Fehlleistungen der Technologie. Relevant ist daher auch, wie effektiv die Umsetzung der Möglichkeiten der Durchsetzung der Schranken gestaltet ist.⁸ Ist es durch die einzusetzenden Filtertechnologien nicht möglich, Schranken zu erkennen, so bezeichnet *Spindler* Art. 17 Abs. 7 DSM-RL als „Grundrechtskosmetik“⁹. Um bloße „Grundrechtskosmetik“ handelt es sich aber insofern nicht, als dass in der Umsetzung des Art. 17 DSM-RL im UrhDaG die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL genannten Schranken nicht nur als verpflichtend zu gewähren ausgestaltet sind, sondern in dem UrhDaG der Fokus verstärkt auf einen präventiven Schutz der Nutzer gelegt wird. Dieser ergibt sich im UrhDaG aus den mutmaßlich erlaubten Nutzungen,

⁵ *Hofmann*, ZUM 2019, 617 (622); *Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1227); *Quintais et al.*, JIPITEC 2019, 276 (Rn. 15 ff.); *Stieper*, GRUR 2020, 1 (6); *Stieper*, GRUR 2020, 699 (700).

⁶ *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288 (293).

⁷ So *Stieper*, GRUR 2020, 1 (6). Ausführlich zur Dogmatik der Gemeinfreiheit und zum technischen Ausschluss der Gemeinfreiheit *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, Rn. 507 ff. Zur Qualifizierung von Schrankenregelungen als originäre Nutzerrechte *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, 153 ff.

⁸ *Specht*, Diktat der Technik, 2019, 430, *Specht* behandelt dies im Kontext von Vertragsverhältnissen in Bezug auf DRMS – auch bei einem subjektiven Recht bestünde die Prozesslast, daher würde dies nicht zu einer vollständigen Materialisierung der Vertragsfreiheit führen.

⁹ *Spindler*, CR 2019, 277 (Rn. 77).

die in §§ 9, 10, 11 UrhDaG geregelt sind.¹⁰ In § 9 Abs. 1 des UrhDaG wird explizit statuiert: „um unverhältnismäßige Blockierungen beim Einsatz automatisierter Verfahren zu vermeiden, sind mutmaßlich erlaubte Nutzungen bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens [...] öffentlich wiederzugeben“.¹¹ Nutzer haben unter anderem die Möglichkeit, gesetzlich erlaubte Nutzungen zu kennzeichnen.¹² Der ex ante Schutz der Rechte von Nutzern entspricht auch den Leitlinien der Europäischen Kommission zur Umsetzung der DSM-RL. Demnach reicht für die Umsetzung des Art. 17 Abs. 7 DSM-RL nicht aus, den Nutzern ex post Rechtsschutz zu gewähren, wenn zulässige Inhalte gesperrt werden.¹³ Nach den Leitlinien der Kommission folgt aus Art. 17 Abs. 7 DSM-RL, dass durch automatisierte Filtersysteme nur „offensichtlich rechtsverletzende Hochladevorgänge“¹⁴ verhindert werden dürfen. Andere Inhalte sollen bis zu einer von einem Menschen durchgeführten ex post Überprüfung hochgeladen werden können.¹⁵ Auch nach den Schlussanträgen des Generalanwalts *Saugmandsgaard Øe* zu der Nichtigkeitsklage Polens gegen Art. 17 Abs. 4 lit. b und lit. c letzter Satzteil der DSM-RL erfordert Art. 17 Abs. 7 DSM-RL, dass die Rechte der Nutzer, bereits bevor es zu einer Filterung kommt, Berücksichtigung finden.¹⁶

Zentral ist zudem der Aspekt des Schutzes der Nutzer durch ex post Rechtsbehelfe. Dies insbesondere vor dem Hintergrund der Übertragbarkeit der rechtlichen Ausgestaltung auf andere Bereiche der automatisierten Rechtsdurchsetzung. Durch ein Recht auf die Wahrnehmung der Schranken durch die Nutzer wird auch die Effektivität von Beschwerde- und Rechtsbehelfsmechanismen deutlich gesteigert.¹⁷

2. Exkurs: vertraglicher put-back-Anspruch

Der Vollständigkeit halber sei kurz auf vertragliche, sogenannte put-back-Ansprüche von Nutzern gegenüber Plattformbetreibern bei einer unberechtigten Löschung von Inhalten eingegangen. Aus dem Vertrag zwischen Plattformbetrei-

¹⁰ Deren Unionsrechtskonformität aber angezweifelt werden kann. Hierzu *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 755 (760); *Lennartz/Möllers*, GRUR 2021, 1109 (1110 ff.).

¹¹ Hierzu auch oben unter Kapitel 4, V.

¹² Hierzu auch oben unter Kapitel 4, V.

¹³ *Europäische Kommission*, COM(2021) 288 final, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, 24.

¹⁴ *Europäische Kommission*, COM(2021) 288 final, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, 24.

¹⁵ *Europäische Kommission*, COM(2021) 288 final, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, 24.

¹⁶ *Saugmandsgaard Øe*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, Rn. 193.

¹⁷ *Spindler*, CR 2019, 277 (Rn. 81).

ber und Nutzer kann sich ein vertraglicher Anspruch ergeben, Inhalte, die gelöscht wurden, obwohl sie zulässig sind, wieder über die Plattform zugänglich machen zu können. Ein solcher sogenannter put-back-Anspruch kann sich aus dem Nutzungsvertrag ergeben, wonach die Hauptleistungspflicht des Plattformbetreibers darin besteht, Nutzern das Teilen von Inhalten zu ermöglichen.¹⁸ In der Regel enthalten Plattformnutzungsverträge aber auch Klauseln, wonach Inhalte, die gegen die in den Nutzungsbedingungen festgelegten Maßgaben verstoßen, durch den Plattformbetreiber gelöscht oder blockiert werden können.¹⁹ Anlasslose Löschungen oder Blockierungen können jedoch nicht unproblematisch durch den Plattformnutzungsvertrag (bzw. die Community Standards) vereinbart werden, da Klauseln, die vollkommen anlasslose Löschungen ermöglichen, einer AGB-Klauselkontrolle nicht standhalten dürften.²⁰ Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund der potentiellen grundrechtlichen Relevanz geteilter Inhalte. In Bezug auf sogenannte Hassrede gibt es mittlerweile Entscheidungen, die put-back-Ansprüche anerkennen, wobei die Meinungsfreiheit der Nutzer und die Bedeutung bestimmter Plattformen im gesellschaftlichen Diskurs in diesen Entscheidungen eine große Rolle spielen.²¹ Im Kontext der Löschung von Inhalten zur Durchsetzung von Urheberrechten spielt die Meinungsfreiheit je nach dem konkreten Inhalt nicht zwangsläufig eine Rolle.²² Auch die Kunstfreiheit der Hochladenden dürfte nicht bei allen Inhalten betroffen sein. Im Ergebnis spielen put-back-Ansprüche daher im Urheberrecht im Vergleich zum Äußerungsrecht eine weniger bedeutende Rolle. Zudem machen die Last der Durchsetzung, insbesondere die Dauer der Durchsetzung und das Prozessrisiko vertragliche put-back-Ansprüche nicht zu effizienten und nützlichen Rechtsbehelfsmechanismen.²³ Hinzu kommt, dass die Bedeutung solcher Ansprüche vor dem Hintergrund des Art. 17 der DSM-RL schwinden mag. Eine Rolle spielen vertragliche

¹⁸ *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, 2013, 145; *Holznagel*, CR 2019, 518 (Rn. 5); *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 192; *Wagner*, GRUR 2020, 447 (452).

¹⁹ hierzu ausführlich *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, 2013, 158 ff. So zum Beispiel in den Nutzungsbedingungen von YouTube: <https://www.youtube.com/static?gl=DE&template=terms&hl=de> und in den Urheberrechtsrichtlinien von YouTube <https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/copyright/#enforcing-copyright>.

²⁰ *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, 2013, 158 ff.; *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 193. Anders gelagert als in sozialen Netzwerken ist die Situation in BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 45), wo der BGH feststellt, ein File-Hosting-Dienst könne sich gegen Ansprüche seiner Nutzer bei einer unberechtigten Löschung vertraglich absichern.

²¹ BVerfG, Beschluss v. 22.05.2019 – 1 BvQ 42/19, NJW 2019, 1935; KG, Beschluss v. 22.03.2019 – 10 W 172/18, NJW-RR 2019, 1260 (15 ff.).

²² OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 351).

²³ *Wagner*, GRUR 2020, 447 (452).

Ansprüche, wenn aufgrund der Community Standards gelöscht oder gesperrt wird, dann ist auch die vertragliche Grundlage für die Wiedereinstellung auf die Plattform relevant.²⁴ Wird aber auf gesetzlicher Grundlage aufgrund einer angeblichen Verletzung von Immaterialgüterrechten gesperrt, so müssen auch effiziente gesetzliche Schutzmechanismen bestehen, wenn tatsächlich keine solche Verletzung gegeben ist. Die prozedurale Absicherung erfolgt über die in Art. 17 Abs. 9 DSM-RL geregelten Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren.

3. Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren nach Art. 17 Abs. 9 DSM-RL

Die Fehleranfälligkeit von Systemen zur automatisierten Rechtsdurchsetzung ist im Bereich des Urheberrechts in dem Sinne doppelt relevant, als dass nicht nur die Übereinstimmung des Werkes mit der Referenzdatei richtig festgestellt werden muss, sondern zudem das System zuverlässig erkennen muss, ob eine der Schranken des Urheberrechts greift. Aufgrund der grundrechtlichen Relevanz, insbesondere der Schrankenregelungen zu Zitat, Pastiche, Parodie und Karikatur, gehen Fehler von Filtertechnologien mit einer unzureichenden Gewährleistung grundrechtlicher Garantien einher.²⁵ Das Hochladen von Videos auf Plattformen erfolgt häufig in Ausübung der Kunst- oder Meinungsfreiheit.²⁶ Enthält ein Video keine künstlerischen oder meinungsrelevanten Inhalte, so ist doch die allgemeine Handlungsfreiheit betroffen.²⁷ Auf eine generelle Ungeeignetheit von Filtertechnologien zur Rechtsverletzungsverhinderung kann aus deren Fehleranfälligkeit aber nicht geschlossen werden.²⁸ Dennoch muss ein Schutz der Nutzer vorgesehen sein, um Fehlleistungen der Technologie auszugleichen. In Bezug auf Fehlleistungen der Technologie oder sonstige überschießende Sperrungen im Zusammenhang mit den Prüfpflichten aus Art. 17 Abs. 4 lit. b der DSM-RL sind in Art. 17 Abs. 9 DSM-RL wichtige prozedurale Elemente vorgesehen, die in §§ 13 bis 17 UrhDaG umgesetzt werden.

a) Überprüfung durch Menschen

Nach Art. 17 Abs. 9 S. 3 der DSM-RL sind „[i]m Rahmen des in Unterabsatz 1 vorgesehenen Verfahrens [zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren]

²⁴ *Spindler*, CR 2019, 238 (Rn. 3), in Bezug auf Hassrede.

²⁵ Zu den über einzelne Schranken gewährleisteten Grundrechten: *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, 47 ff.

²⁶ *Holznagel*, ZUM 2020, 1 (2); *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, 365 (368).

²⁷ Siehe oben unter Kapitel 2, II. 1.

²⁸ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 419.

eingereichte Beschwerden [...] unverzüglich zu bearbeiten, und Entscheidungen über die Sperrung des Zugangs zu hochgeladenen Inhalten bzw. über die Entfernung hochgeladener Inhalte [...] einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen“. Aus dem Wortlaut geht nicht ganz eindeutig hervor, ob jegliche Entscheidung über Sperrung und Entfernung von Inhalten von Menschen überprüft werden soll oder nur solche, hinsichtlich derer eine Beschwerde eingereicht wurde. Aus Erwägungsgrund 70 Unterabsatz 2 der DSM-RL ergibt sich aber: „Im Rahmen dieser Verfahren eingereichte Beschwerden sollten unverzüglich bearbeitet werden und sollten einer von Menschen durchgeführten Überprüfung unterzogen werden“. Eine Überprüfung durch einen Menschen findet demnach nur aufgrund einer Beschwerde statt.²⁹ Dies ergibt sich auch aus der Systematik des Art. 17 Abs. 9 DSM-RL, nach der in diesem Absatz Beschwerden und Rechtsbehelfe geregelt werden. Eine generelle Überprüfung durch Menschen an dieser Stelle zu regeln, würde der Systematik des Artikels widersprechen. Die Regelung einer generellen Überprüfung durch Menschen würde systematisch eher in Abs. 4 bei den Pflichten der Diensteanbieter anzusiedeln sein.

Eine menschliche Überprüfung im Fall von Streitigkeiten könnte tatsächlich manche der oben erörterten Probleme automatisierter Rechtsdurchsetzung relativieren.³⁰ Gerade bei nicht eindeutigen Fällen, in denen es entweder zu einer Fehlleistung der Technologie gekommen ist oder hierüber zumindest Uneinigkeit besteht, ist eine Abwägung der betroffenen Rechte durch einen Menschen notwendig. Wie oben erörtert, ist eine abwägende Entscheidung durch ein automatisiertes System kaum möglich. Gleichzeitig kann die Abarbeitung eindeutiger Fälle durch ein automatisiertes System zu effizientem Rechtsschutz in Umständen, in denen massenweise urheberrechtlich relevante Uploads stattfinden, beitragen, während komplexere Fälle einer Überprüfung durch einen Menschen zugeführt werden sollten.

Limitierender Umstand der Überprüfung in Form einer ausgewogenen abwägenden Entscheidung eines Menschen können aber die tatsächlichen Kapazitäten zur Entscheidung in angemessener Zeit sein.³¹ Die bloße Einschaltung eines Menschen reicht zur hinreichenden Berücksichtigung der urheberrechtlichen Schrankenregelungen nicht aus. Um eine rechtlich begründete Entscheidung zu treffen, muss der entscheidende Mensch auch ausreichend Zeit zu Überprüfung des Einzelfalls und die entsprechende Expertise haben. *Hoffmann-Riem* führt, obschon in etwas anderem Zusammenhang, zu dem Erfordernis der menschlichen Überprüfung algorithmenbasierter Entscheidungen zudem kritisch an, dass

²⁹ *Quintais et al.*, JIPITEC 2019, 276 (Rn. 27); *Spindler*, CR 2019, 277 (Rn. 77).

³⁰ So auch *Kastl*, GRUR 2016, 671 (677).

³¹ *Peters/Schmidt*, GRUR Int. 2019, 1006 (1010).

menschliche Kontrolle der automatisierten Vorentscheidung eine bloße „leere Form“ darstelle, wenn der menschliche Entscheider die vorab mittels eines Algorithmus vorgeschlagene Entscheidung inhaltlich gar nicht vollständig nachvollziehen und daher auch nicht überprüfen kann.³² Dieser Kritik ist im hiesigen Kontext insofern nicht zuzustimmen, als dass eine Nachvollziehbarkeit der inhaltlichen Entscheidung bei der Überprüfung nicht im Zentrum stehen soll, sondern der menschliche Prüfer eine eigenständige Prüfung des Sachverhalts übernehmen soll, deren Ergebnis Vorrang vor einer durch das technische System getroffenen Entscheidung hat.

Über den individuellen durch eine menschliche Überprüfung nachgebesserten Fall hinaus hat der Korrekturmechanismus Auswirkungen auf das automatisierte System zur Rechtsdurchsetzung selbst, wenn dieses über ein lernendes System funktioniert. Durch einen Rückkoppelungsmechanismus verbessert sich ein lernendes System nach jeder Korrektur, die es erfährt, so dass künftige ähnlich gelagerte Fälle eher richtig entschieden werden.

Die Vorgabe, nach der eine Überprüfung stattzufinden hat, ist dementsprechend grundsätzlich zu begrüßen und stellt eine Verbesserung der Position der Nutzer dar, gegenüber der Situation vor der Regelung, als automatisierte Filterung ohne explizite Normierung der Notwendigkeit der Überprüfung durch Menschen im Fall einer Beschwerde stattfand.³³ Des Weiteren ist zu begrüßen, dass die Leitlinien der Kommission zu Art. 17 DSM-RL vorsehen, dass komplexere Fälle grundsätzlich erst einmal zugänglich gemacht werden sollen und wenn ein Hinweis durch den Rechteinhaber erfolgt, einer ex post Überprüfung durch einen Menschen zugeführt werden sollen.³⁴ Raum für Verbesserung besteht aber hinsichtlich einer Konkretisierung, nach welchen Maßstäben die Überprüfung stattfinden soll.³⁵

b) Außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren

Mitgliedsstaaten sollen nach Art. 17 Abs. 9 S. 3 der DSM-RL zudem gewährleisten, „dass zur Beilegung von Streitigkeiten außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stehen“.³⁶ Diese Verfahren sollen „[u]nbeschadet der Rechte der Nutzer auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf“ bestehen.

³² Hoffmann-Riem, AöR 2017, 1 (36).

³³ Der GRUR-Fachausschuss begrüßt das Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren ausdrücklich, der Schutz der Nutzer könne hierdurch erheblich verbessert werden, *Würtenberger/Freischem*, GRUR 2019, 1140 (1161).

³⁴ *Europäische Kommission*, COM(2021) 288 final, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, 24.

³⁵ Holzner, ZUM 2020, 1 (5).

³⁶ Hierzu auch Erwägungsgrund 70 Unterabsatz 3.

Auf EU-Ebene gibt es auf Grundlage der ODR-VO³⁷ und der ADR-RL³⁸ eine Europäische Plattform zur Online-Streitbeilegung.³⁹ Ziel ist dabei, Verbrauchern die Möglichkeit einer „einfachen, effizienten, schnellen und kostengünstigen [...] Beilegung von Streitigkeiten“⁴⁰ zu verschaffen. Streitbeilegungsmechanismen in diesem Sinne sollen nunmehr für Streitigkeiten über die Sperrung beziehungsweise die Zulässigkeit von Inhalten zur Verfügung stehen.⁴¹ Außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Beilegung von Streitigkeiten über den urheberrechtlichen Schutz bestimmter Inhalte und die Frage, ob diese auf eine Plattform hochgeladen werden dürfen, können nur bedingt an die Mechanismen der Europäischen Plattform zur Online-Streitbeilegung nach der ODR-VO und der ADR-RL angelehnt werden. Dort ist vorgesehen, zunächst über die Plattform mit der anderen Konfliktpartei in Kontakt zu treten, nach einer Frist von maximal 90 Tagen eine Streitbeilegungsstelle aufzusuchen und/oder ein anderes Instrument für die Streitbeilegung, wie zum Beispiel die Hilfe durch eine nationale Verbraucherorganisation oder Unterstützung durch Europäische Verbraucherzentralen oder auch eine Klage zu wählen.⁴² Diese Mechanismen sind zwar größtenteils schneller als ein gerichtliches Verfahren, dennoch eher zeitaufwändig. Zudem setzen die vorgesehenen Gespräche zwischen den Konfliktparteien eine gewisse Bereitschaft beider Parteien zur Einigung voraus. Konflikte über blockierte Inhalte müssen aber zum einen sehr schnell entschieden werden, zum anderen geht es um absolute Rechte des Rechteinhabers und die Frage über die urheberrechtliche Zulässigkeit eines Uploads lässt wenig Raum für Kompromisse.

Nicht ausdrücklich genannt wird in der DSM-RL, ob die Streitbeilegungsmechanismen zwischen Nutzern und Plattformbetreibern oder zwischen Nutzern und Rechteinhabern eingesetzt werden sollen.⁴³ Naheliegender scheint, dass Streitigkeiten über die Frage der urheberrechtlichen Zulässigkeit von Nutzungshandlungen zwischen Nutzern und Rechteinhabern ausgetragen werden. Der Plattformbetreiber wird zwar haftungsrechtlich herangezogen, die inhaltliche

³⁷ Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG.

³⁸ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG.

³⁹ Plattform der EU zur Beilegung zu Streitigkeiten im Zusammenhang mit Online-Kaufverträgen und Online-Dienstleistungsverträgen: <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home2.show>.

⁴⁰ Erwägungsgrund 2 der ODR-VO; so auch in Erwägungsgrund 5 der ADR-RL.

⁴¹ Spindler, CR 2019, 277 (Rn. 81).

⁴² <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks>.

⁴³ Wagner, GRUR 2020, 447 (454).

Frage, ob und inwiefern eine Rechtsverletzung stattgefunden hat, besteht aber zwischen Rechteinhabern und Nutzern.⁴⁴ Die Möglichkeit Streitigkeiten über außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zu klären kann dazu beitragen, die „charakteristische Schwäche der Gemeinfreiheit“⁴⁵, wonach der einzelne Nutzer eher auf die Wahrnehmung einer Schranke verzichtet als den Rechteinhaber gegebenenfalls sogar gerichtlich in Anspruch zu nehmen, auszugleichen. Der Aufwand für individuelle Nutzer gegen eine unberechtigte Sperrung vor Gericht vorzugehen steht nicht im Verhältnis zu dem Nutzen einer gerichtlichen Klärung.⁴⁶ Abgesehen davon bestehen gerade in urheberrechtlichen Fragen, in denen eine Abwägung notwendig ist, auch viele rechtliche Unsicherheiten und Unklarheiten, wie sich in sich teilweise über Jahrzehnte erstreckenden Rechtsstreitigkeiten zeigt.⁴⁷ Außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren mögen die Barrieren für Nutzer, ihre Rechte geltend zu machen, senken. Doch auch im Rahmen eines außergerichtlichen genau wie eines gerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens ist wohl in der Regel der Anreiz für Nutzer, solche Verfahren in Anspruch zu nehmen, gering.⁴⁸ Das gilt auch hier vor dem Hintergrund, dass Nutzern hinsichtlich der teilweise komplexen rechtlichen Lage oft die hinreichende Kenntnis fehlt und damit Unsicherheit besteht.⁴⁹ Das Potential außergerichtlicher Rechtsbehelfsverfahren, durch automatisierte Rechtsdurchsetzung entstehende Nachteile für Nutzer auszugleichen, hängt dementsprechend maßgeblich davon ab, dass solche Mechanismen niedrigschwellig zugänglich sind.⁵⁰

Zudem ist die Geschwindigkeit der Abhilfe ein entscheidender Faktor.⁵¹ Eine Verzögerung der Abhilfe kann einen Inhalt obsolet machen, wenn dieser sich auf aktuelle Ereignisse bezieht. Teilweise kann daher unmittelbare Abhilfe notwendig sein. Wird durch eine zeitliche Verzögerung ein Upload obsolet, so erledigt

⁴⁴ *Wagner*, GRUR 2020, 447 (454).

⁴⁵ *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, Rn. 514.

⁴⁶ *Peukert*, Die Gemeinfreiheit, 2012, Rn. 452.

⁴⁷ Bezeichnend für die Komplexität der Entscheidung über urheberrechtliche Schranken ist der mittlerweile über 20 Jahre andauernde Rechtsstreit *Pelham u. a./Hütter u. a. (Metall auf Metall)*. Zuletzt BGH, Urt. v. 30.04.2020 – I ZR 115/16, NJW 2020, 3248; vorangegangen: LG Hamburg, Urt. v. 08.10.2004 – 308 O 90/99, BeckRS 2013, 7726; OLG Hamburg, Urt. v. 07.06.2006 – 5 U 48/05, GRUR-RR 2007, 3; BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 112/06, GRUR 2009, 403; OLG Hamburg, Urt. v. 17.08.2011 – 5 U 48/05, GRUR-RR 2011, 396; BGH, Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 182/11, GRUR 2013, 614; BVerfG, Urt. v. 31.05.2016 – 1 BVR 1585/13, GRUR 2016, 690; BGH, Vorlagebeschluss v. 01.06.2017 – I ZR 115/16, NJW 2017, 3472; EuGH, Urt. v. 29.07.2019, C-476/17, GRUR 2019, 929 – *Metall auf Metall*.

⁴⁸ *Kaesling*, JZ 2019, 586 (589).

⁴⁹ *Kaesling*, JZ 2019, 586 (589).

⁵⁰ *Metzger/Senftleben*, JIPITEC 2020, 115 (Rn. 55).

⁵¹ *Metzger/Senftleben*, JIPITEC 2020, 115 (Rn. 54); hierzu auch *Wagner*, GRUR 2020, 447 (455).

sich hiermit auch das Interesse des Nutzers, ein Rechtsbehelfsverfahren einzuleiten.⁵² Gleichzeitig muss der Einzelfall angemessen gewürdigt werden.

Ein entscheidender Faktor in der Abgrenzung zu Mechanismen wie dem von Facebook ins Leben gerufene Oversight Board⁵³ ist die nach Art. 17 Abs. 9 S. 4 DSM-RL notwendige Unparteilichkeit außergerichtlicher Rechtsbehelfsverfahren. Nachgelagerte Rechtsbehelfsverfahren sind in einigen Fällen sicher nicht geeignet, Fehler automatisierter Rechtsdurchsetzungsmechanismen auszugleichen. Sind sie aber niedrigschwellig konzipiert und kommen sie schnell zu Lösungen, so stellen sie in jedem Fall einen Rechtsschutz dar, der Nutzern im Vergleich zu einer gerichtlichen Klärung deutlich entgegenkommt.

c) Umsetzung der Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren im UrhDaG

Die in Art. 17 Abs. 9 DSM-RL vorgesehenen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren werden im UrhDaG in den §§ 13 bis 17 umgesetzt. Mit diesen Regelungen sollen die Rechte der Nutzer prozedural abgesichert werden. Die Grundlage der Wahrung der Rechte und Interessen der Nutzer im UrhDaG gegenüber einer übermäßigen automatisierten Rechtsdurchsetzung ergibt sich aus den verpflichtend ausgestalteten Schranken⁵⁴ sowie den Vorschriften zu den mutmaßlich erlaubten Nutzungen in den §§ 9 bis 11 UrhDaG. Damit ist der Schutz durch das UrhDaG verstärkt auf einen ex ante Schutz der Nutzer ausgerichtet.⁵⁵ Der ex post Schutz der Nutzer durch das UrhDaG ergibt sich, wie durch Art. 17 Abs. 9 DSM-RL vorgegeben, aus der Überprüfung durch einen Menschen im Rahmen eines internen Verfahrens sowie der Möglichkeit außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren in Anspruch zu nehmen.

In den §§ 14 und 15 UrhDaG ist ein Beschwerdeverfahren geregelt, das durch die Diensteanbieter oder gemäß § 15 UrhDaG durch eine anerkannte externe Beschwerdestelle angeboten werden soll. In § 14 Abs. 5 UrhDaG ist geregelt, dass Entscheidungen über Beschwerden „von natürlichen Personen getroffen werden [müssen], die unparteiisch sind“, womit der Regelung in Art. 17 Abs. 9 S. 3 DSM-RL zu der Überprüfung durch einen Menschen entsprochen wird.

Das interne Beschwerdeverfahren über Blockierungen soll nach § 14 Abs. 1 UrhDaG wirksam, kostenfrei und zügig sein. Das Kriterium „zügig“ wird in § 14

⁵² Gielen/Tiessen, EuZW 2019, 639 (645).

⁵³ Unabhängig von den Anforderungen der DSM-RL hat Facebook ein sogenanntes Oversight Board ins Leben gerufen, das bestimmte, von diesem selbst ausgewählte Fälle der Löschung durch Facebook überprüft, explizit ausgenommen sind allerdings Fragen betreffend das Urheberrecht. Die getroffene Entscheidung soll für Facebook bindend sein. <https://www.oversightboard.com/>. Zur Unabhängigkeit des Oversight Board Brosch, MMR 2021, 26 (27).

⁵⁴ Hierzu oben unter Kapitel 4, V. sowie in diesem Kapitel unter I. 1.

⁵⁵ Hierzu in diesem Kapitel unter I. 1.

Abs. 3 Nr. 3 UrhDaG konkretisiert: Die Entscheidung muss spätestens eine Woche nachdem die Beschwerde eingelegt wurde, ergehen. Die kurze Frist von einer Woche, innerhalb welcher entschieden werden soll, kommt dem Bedürfnis nach, dass häufig eine schnelle Entscheidung notwendig ist. Die Frist kann dann nicht kurz genug sein. Kritisiert wird allerdings, dass die knapp bemessene Zeit kein sinnvolles Verfahren zur Entscheidung erlaube.⁵⁶ Es könne sich daher lediglich um eine einstweilige Lösung handeln.⁵⁷ Dem ist angesichts der oft komplexen Inhalte einer solchen Entscheidung zuzustimmen. Doch gleichzeitig ist die kurze Frist sinnvoll und notwendig. Entscheidend ist, dass durch die Überprüfung durch einen Menschen ein Rechtsbehelf gegen die Fehlerhaftigkeit der automatisierten Entscheidung gegeben ist. Die menschliche Entscheidung kann dann entweder zu einer Lösung kommen, die für die Parteien des Streits akzeptabel und sachgerecht ist, oder weitergetragen werden, gegebenenfalls bis zu einem Gericht. Dort kann im Instanzenzug eine finale Entscheidung getroffen werden. Das interne Beschwerdeverfahren kann nicht den Anspruch verfolgen, die oft komplexen Sachverhalte rechtlich verbindlich abschließend zu klären. Dem Bedürfnis nach einer schnellen Entscheidung durch einen Menschen zur Überprüfung der automatisierten Entscheidung wird die Frist von einer Woche gerecht.

In § 16 des UrhDaG ist die Möglichkeit für Rechteinhaber und für Nutzer geregelt, eine private Schlichtungsstelle anzurufen. Die Teilnahme sowohl an dem internen Beschwerdeverfahren als auch an den außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren soll nach § 13 Abs. 1 und 2 UrhDaG für Nutzer und Rechteinhaber freiwillig sein, die Teilnahme an einem außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren soll auch für Diensteanbieter freiwillig sein. Hieraus ergibt sich auch die Klärung des im Rahmen des Art. 17 Abs. 9 DSM-RL offenen Punktes zwischen welchen Parteien die Streitbeilegungsmechanismen eingesetzt werden sollen. Da die Teilnahme als für Nutzer, Rechteinhaber und Diensteanbieter freiwillig genannt wird, ist anzunehmen, dass die Schlichtung zwischen jeglichen der drei Parteien, zwischen denen der Streit besteht, greifen soll.

Nach § 18 Abs. 6 UrhDaG kann auch ein Verein die Interessen der Nutzer wahrnehmen, indem er Diensteanbieter, die „wiederholt fälschlicherweise erlaubte Nutzungen“ blockieren, auf Unterlassung in Anspruch nehmen kann. Zudem sieht das UrhDaG in § 19 Abs. 3 vor, dass zu wissenschaftlichen Zwecken Zugang zu Daten über den Einsatz von Filtertechnologien von Diensteanbietern verlangt werden kann. Die hierdurch entstehende erhöhte Transparenz kann mittelbar den Nutzern zugutekommen.

⁵⁶ *Conrad/Nolte*, ZUM 2021, 111 (121).

⁵⁷ *Conrad/Nolte*, ZUM 2021, 111 (121 f.).

4. Rechtsprechung zu Fehlleistungen automatisierter Systeme

Im Rahmen der Rechtsprechung auf nationaler Ebene, in der Plattformbetreibern de facto Filterpflichten auferlegt werden, gehen die Gerichte nur in engem Rahmen auf die durch Fehlentscheidungen automatisierter Systeme beeinträchtigten Rechte der Nutzer ein. Je nach Programmierung werden eher false positives oder false negatives generiert.⁵⁸ Der BGH sieht solche Fehlleistungen der Technologie offenbar nicht als der Zulässigkeit des Einsatzes von Filtertechnologien entgegenstehend. Nach der Rechtsprechung werden Geeignetheit und Zumutbarkeit von Filterpflichten (aus Sicht der Plattformbetreiber) nicht durch die Möglichkeit von false positives⁵⁹ oder false negatives⁶⁰ eingeschränkt. In dem Urteil Internet-Versteigerung II argumentiert der BGH hinsichtlich der Grenzen der dem Plattformbetreiber zumutbaren Pflichten auf den Einwand hin, auch rechtlich zulässiges Verhalten werde möglicherweise untersagt, damit, die technischen Möglichkeiten, die in Zukunft zur Verfügung stehen, seien noch nicht absehbar, die Grenzen des Zumutbaren ließen sich daher nicht genauer bestimmen.⁶¹ Eine manuelle Nachkontrolle der durch einen Wortfilter erkannten Ergebnisse sieht der BGH in mehreren Urteilen als dem Plattformbetreiber zumutbar an.⁶² Bei der manuellen Nachkontrolle geht es im Ergebnis darum, dass die Filterung rechtmäßiger Inhalte möglichst vermieden werden soll. Diese zusätzliche Kontrolle ist sicherlich aufgrund der beschränkten Möglichkeiten der Technologie, gerade von Wortfiltern, notwendig und sinnvoll zur Verhinderung von Overblocking. Argumentiert wird dabei in den entsprechenden Urteilen aber aus Sicht des Plattformbetreibers und abgewogen, was dem Plattformbetreiber zugemutet werden kann, nicht aus Nutzerperspektive, inwieweit deren Schutz notwendig und gebo-

⁵⁸ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 378 f., 416 f. Siehe hierzu auch oben unter Kapitel 3, II. 2.

⁵⁹ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 45); Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 (Rn. 62); Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (Rn. 62); Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 48).

⁶⁰ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 35); Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 47); Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (Rn. 61).

⁶¹ BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 48).

⁶² BGH, Urt. v. 19.04.2007 – I ZR 35/04, NJW 2007, 2636 (Rn. 47); Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, NJW-RR 2008, 1136 (Rn. 53); später bestätigt auch in Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 (Rn. 35); so auch OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 429) in Bezug auf die Plattform YouTube. *Spindler*, GRUR 2020, 253 (260) sieht mit der Rechtsprechung des EuGH eine Pflicht zur manuellen Nachkontrolle nur bei Plattformen vertretbar, deren Geschäftsmodell auf Rechtsverletzungen hindeutend ausgelegt ist, es läge sonst ein Verstoß gegen die unternehmerische Freiheit des Plattformbetreibers vor.

ten ist. Durch die Rechtsprechung des BGH wird die Wahrung der Rechte von Nutzern vor Fehlleistungen der Technologie nicht in den Vordergrund gestellt. Wirksame Schutzmechanismen können nicht abgeleitet werden.

Vielversprechender aus Sicht der Nutzer ist die Rechtsprechung des EuGH, der Filtertechnologien an dem Maßstab der Grundrechte der EU GR-Charta misst. Der EuGH stellt hinsichtlich der Sperrung zulässiger Inhalte fest, das Recht der Nutzer auf Schutz ihrer personenbezogenen Daten und auf freien Empfang und freie Sendung von Informationen könne beeinträchtigt werden.⁶³ Es bestünde die Gefahr, „dass das System nicht hinreichend zwischen einem unzulässigen und einem zulässigen Inhalt unterscheiden kann, so dass sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte“.⁶⁴ In der YouTube Uploaded Entscheidung betont der EuGH die Bedeutung der Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer und die daraus folgende Notwendigkeit einer Interessenabwägung.⁶⁵

Der BGH geht auch in nach der SABAM-Rechtsprechung ergangenen Entscheidungen nicht weiter auf die betroffenen Grundrechte der Nutzer ein. In dem Urteil *Alone in the Dark*⁶⁶ führt er nicht weiter zu den durch den EuGH aufgestellten Grundsätzen zur Abwägung mit den Grundrechten der Nutzer aus. In dem Urteil *Filmverleih gegen Rapidshare* erschöpft sich die knappe Feststellung hierzu darin, die Filterpflicht sei auch nicht durch die SABAM-Rechtsprechung ausgeschlossen.⁶⁷ Von SABAM/Netlog unterscheide sich der Fall, da es dort um ein soziales Netzwerk gegangen sei und daher personenbezogene Daten von der Filterung betroffen gewesen seien, von *Scarlet/SABAM*, da es dort um einen Zugangsprovider gegangen sei.⁶⁸ Das OLG Hamburg geht in der aufgrund der Einigung der Parteien nicht rechtskräftig gewordenen Entscheidung *YouTube* etwas ausführlicher auf die schutzwürdigen Interessen der Nutzer ein. Hierbei geht das OLG auf die möglicherweise betroffenen Kommunikationsgrundrechte der Nutzer sowie auf die Verarbeitung von deren personenbezogenen Daten ein.⁶⁹ Die Meinungsfreiheit spiele bei der öffentlichen Wiedergabe von Musikwerken jedoch eine eher untergeordnete Rolle, es könne sich daher nur auf eine

⁶³ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 48) – SABAM/Netlog.

⁶⁴ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 50) – SABAM/Netlog. *Peifer*, jurisPR-WettbR 2013, Anm. 1 sieht die Informationsfreiheit bei dem Einsatz von Filtertechnologien stets betroffen, da stets die Möglichkeit bestehe, dass auch rechtmäßige Inhalte gefiltert werden.

⁶⁵ EuGH, Urt. v. 22.06.2021, C-682/18, C-683/18, GRUR 2021, 1054 (Rn. 64) – YouTube Uploaded.

⁶⁶ BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370.

⁶⁷ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (Rn. 61).

⁶⁸ BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 (Rn. 61).

⁶⁹ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 351 ff).

allgemeine „Kommunikationsfreiheit“ berufen werden.⁷⁰ Das OLG München geht in einer Entscheidung zu einem Sharehosting-Dienst (Uploaded) auf die Rechte der Nutzer ein, allerdings nur knapp. Zwar habe eine Interessenabwägung stattzufinden, im Ergebnis gingen aber die Rechte des geistigen Eigentums vor, da diese durch den Dienst der Beklagten einer besonderen Gefährdung ausgesetzt würden, „der durch geeignete Schutzmaßnahmen Rechnung getragen werden“⁷¹ müsse. Im Ergebnis lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung des BGH der Position der Nutzer in Bezug auf die Sperrung zulässiger Inhalte wenig Raum lässt.⁷² Dies ist vor dem Hintergrund der über die Schranken des Urheberrechts verwirklichten Abwägung der kollidierenden Grundrechtspositionen als problematisch zu sehen.

II. Funktionalitätsunabhängige rechtliche Grenzen des Einsatzes automatisierter Systeme

Nicht nur Fehlentscheidungen technischer Systeme können grundrechtlich geschützte Positionen der Nutzer beeinträchtigen. Auch unabhängig von Fehlleistungen der Technologie können Rechte der Nutzer eingeschränkt werden. Ob den unter Kapitel 2 geschilderten Aspekten der automatisierten Rechtsdurchsetzung durch die aktuelle Rechtslage unabhängig von einer Fehleranfälligkeit der Technologie begegnet wird, ist im Folgenden zu klären. Als Normen, aus denen sich ein wirksamer Schutz von Nutzern gegenüber den Mechanismen automatisierter Rechtsdurchsetzung ergeben kann, kommen Art. 22 DSGVO, welcher automatisierte Entscheidungen im Einzelfall regelt (1.), und Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-RL beziehungsweise § 7 Abs. 2 des TMG in Betracht (2.).

1. Regelung zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall nach Art. 22 DSGVO

Die DSGVO sieht an mehreren Stellen Regelungen zum Schutz von automatisierter Entscheidungsfindung betroffener Personen vor.⁷³ So bestehen Informationspflichten des Verantwortlichen nach Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO und Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO, ein Auskunftsrecht des Betroffenen nach Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 lit. h DSGVO sowie eine Regelung zu einer notwendigen Datenschutzfolgeabschätzung in Art. 35 Abs. 3 lit. a DSGVO. Die Vorschriften beziehen sich

⁷⁰ OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, GRUR-RS 2015, 14370 (Rn. 351).

⁷¹ OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 2874/16, GRUR-RS 2017, 108792 (Rn. 61).

⁷² So auch *Maier*, *Remixe auf Hosting-Plattformen*, 2018, 185.

⁷³ *Buchner*, in: *Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG*, Art. 22, Rn. 3.

allesamt auf Art. 22 DSGVO, wonach Personen das Recht haben „nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung [...] beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden“. Als Regelung zum Schutz der Betroffenen automatisierter Entscheidungen kann die Norm grundsätzlich gleichzeitig Schutz zugunsten der von automatisierter Rechtsdurchsetzung Betroffenen bieten, da die automatisierte Durchsetzung die Entscheidung voraussetzt. Der folgende Abschnitt widmet sich daher nach einer Vertiefung des Anwendungsbereichs des Art. 22 DSGVO (a) sowie Sinn und Zweck der Norm (b) anhand des Beispiels von Filtertechnologien im Urheberrecht der Frage, inwieweit Art. 22 DSGVO so ausgelegt werden kann, dass die Norm durch automatisierte Rechtsdurchsetzung entstehenden Beeinträchtigungen entgegenwirken kann (c).

a) Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO

aa) Verarbeitung personenbezogener Daten

Art. 22 DSGVO ist nur dann anwendbar, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden. Der Begriff der Verarbeitung personenbezogener Daten ist in Art. 4 Nr. 2 DSGVO definiert als

„jede[r] [...] Vorgang [...] im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“.

Diese sehr weitreichende Definition erfasst über die einzelnen gelisteten Tatbestände quasi sämtliche Vorgänge, in denen personenbezogene Daten genutzt werden.⁷⁴ Als personenbezogene Daten definiert sind nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO „alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person [...] beziehen“. Auch diese Definition ist entsprechend dem Schutzziel der DSGVO weit auszulegen.⁷⁵

bb) Entscheidung

In der DSGVO wird nicht genauer definiert, was unter einer Entscheidung⁷⁶ zu verstehen ist. In jedem Fall ist nicht jede Verarbeitung personenbezogener Daten

⁷⁴ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 13; *Klabunde*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 4, Rn. 23; *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Art. 4 Nr. 2, Rn. 10 f.

⁷⁵ *Klabunde*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 4, Rn. 7.

⁷⁶ Die Nutzung des Begriffs Entscheidung kann in diesem Zusammenhang kritisch gesehen werden. Die Begrifflichkeit ist einer genuin menschlichen Fähigkeit entliehen und einem daten-

eine Entscheidung im Sinne des Art. 22 DSGVO.⁷⁷ Die Wirkung der Norm soll auf „gestaltende Akte, die eine Wahl zwischen mindestens zwei Alternativen treffen und eine Wirkung in der Außenwelt erzielen, die über das Forum internum hinausreicht“ bezogen sein.⁷⁸ Teile der Literatur vertreten, dass von einer Entscheidung dann nicht gesprochen werden kann, wenn es nur um einen einfachen Wenn-dann-Mechanismus geht.⁷⁹ Als Beispiel für solche einfachen Wenn-dann-Mechanismen, die nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO fallen sollen, wird in der entsprechenden Literatur eine Abhebung an einem Geldautomaten herangezogen.⁸⁰ Auch bei einem sogenannten smart contract wird eine Entscheidung mit dem Argument abgelehnt, dass nur eine vorher aufgestellte Regel befolgt wird.⁸¹ Dies legt die Überlegung nahe, von einer Entscheidung könne bei deterministisch agierenden Systemen nie gesprochen werden. Ein Algorithmus ist qua Definition⁸² eine Verkettung von Wenn-dann-Entscheidungen. Eine zu enge technische Auslegung sollte hier jedoch nicht den Anwendungsbereich der Norm zu sehr einengen. Vielmehr ist anzunehmen, dass eine Entscheidung unabhängig von dem Grad der Determiniertheit des technischen Systems dann gegeben ist, wenn entsprechend der oben genannten Definition eine Auswahl zwischen verschiedenen Optionen getroffen wird und diese Auswahl eine Wirkung entfaltet.

cc) Automatisiert

Unter eine auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung im Sinne von Art. 22 DSGVO sind nach herrschender Auffassung nur solche Entscheidungen zu subsumieren, die „ohne jedes weitere menschliche Einwirken“⁸³

verarbeitenden Computersystem nicht möglich und wird einem solchen nach derzeitigem Kenntnisstand nie möglich sein. Eine Entscheidung erfordert Autonomie. Ein ausschließlich automatisiert datenverarbeitendes Computerprogramm kann allerdings nur Wenn-dann-Schritte ausführen.

⁷⁷ *Kumkar/Roth-Isigkeit*, JZ 2020, 277 (279); *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 15a.

⁷⁸ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 15a.

⁷⁹ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 18; von *Lewinski*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 13, 20.

⁸⁰ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 18; von *Lewinski*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 13.

⁸¹ von *Lewinski*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 18.1.

⁸² Ein Algorithmus ist ein eindeutiges Verfahren zur Lösung eines Problems, das aus einer endlichen Anzahl von in einer eindeutig festgelegten Abfolge von Schritten besteht, *Krämer*, Symbolische Maschinen, 1988, 159 f. Siehe hierzu Kapitel 1, III.

⁸³ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 15b, 16; so auch *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 14; *Hladjk*, in: Ehmann/

zustande gekommen sind. Dies ergibt sich auch aus Erwägungsgrund 71, wonach es um Entscheidungen „ohne jegliches menschliche Eingreifen“ geht. Das Verbot in Art. 22 Abs. 1 DSGVO zielt darauf ab, dass die automatisierte Verarbeitung der Daten „nicht alleinige Grundlage“⁸⁴ der Entscheidung sein darf. Begründet ist dies darin, dass dann kein Mensch mehr für die Entscheidung verantwortlich ist.⁸⁵

dd) Rechtliche Wirkung oder in ähnlicher Weise beeinträchtigende Wirkung

Die auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung ist nur dann nach Art. 22 DSGVO unzulässig, wenn sie rechtliche Wirkung gegenüber dem Betroffenen entfaltet oder diesen „in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“. Eine Entscheidung entfaltet dann rechtliche Wirkung, „wenn sie den rechtlichen Status des Betroffenen in irgendeiner Weise verändert“.⁸⁶ In dem betrachteten Zusammenhang von durch Computerprogramme verhinderten Handlungen, die potentiell Rechte Dritter verletzen, ist allerdings primär die „in ähnlicher Weise erheblich[e]“ Beeinträchtigung von Relevanz. Hiervon werden Realakte und rein tatsächliche Wirkungen erfasst.⁸⁷ Diese müssen in einer Weise erheblich beeinträchtigend sein, die einer rechtlichen Wirkung ähnlich ist. Nach Auffassung der Artikel-29-Datenschutzgruppe werde anhand der Wortwahl klar, dass Art. 22 DSGVO nur „schwerwiegende Auswirkungen abdeckt“, es müsse die Möglichkeit bestehen, dass „die Entscheidung die Umstände, das Verhalten oder die Entscheidungen der betroffenen Personen erheblich beeinträchtigt; die betroffene Person über einen längeren Zeitraum oder dauerhaft beeinträchtigt oder im schlimmsten Fall zum Ausschluss oder zur Diskriminierung von Personen führt.“⁸⁸ In der Literatur wird bezüglich der erheblichen Beeinträchtigung eine Auswirkung auf die Freiheit der Entfaltung der Persönlichkeit in persönlicher oder ökonomischer Hinsicht verlangt.⁸⁹

Selmayr, DS-GVO, 22, Rn. 6; Schulz, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 22, Rn. 12; Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP 251, 22.

⁸⁴ Buchner, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 14. Nach Kumkar/Roth-Isigkeit, JZ 2020, 277 (279) soll der Anwendungsbereich der Norm auch dann eröffnet sein, wenn im Rahmen der der Entscheidung vorangehenden Datenerfassung noch menschliches Handeln involviert war.

⁸⁵ Buchner, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 14 f.

⁸⁶ Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 26.

⁸⁷ von Lewinski, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 37.

⁸⁸ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP 251, 23.

⁸⁹ Buchner, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 26; Martini, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 27.

Nach von Lewinski ist eine Beeinträchtigung „jede für den Betroffenen irgendwie negativ fühlbare Entscheidung“⁹⁰. Hinsichtlich der Erheblichkeit der Beeinträchtigung fordert er dabei, die Beeinträchtigung müsse mit einer rechtlichen Wirkung vergleichbar sein.⁹¹ Dabei müsse auch die Bedeutung der Norm als Schutz des Individuums davor, zum Objekt automatisierter Entscheidungen zu werden, Berücksichtigung finden.⁹² Nach der etwas weiteren Auffassung von Hladjk muss die Entscheidung „das Potenzial haben, die Umstände, das Verhalten, oder die Wahlmöglichkeiten einer Person erheblich zu beeinflussen“⁹³. Insgesamt handelt es sich bei der erheblichen Beeinträchtigung um einen vagen Begriff, hinsichtlich welchem Klärung notwendig ist.⁹⁴

Angesichts der weiten Ausnahmen, insbesondere der Möglichkeit der Einwilligung, erscheint das Erfordernis der Artikel-29-Datenschutzgruppe, nur „schwerwiegende Auswirkungen“ zu erfassen, zu eng. Im Sinne eines möglichst maximalen Schutzes von Nutzern ist von einer weiten Auslegung auszugehen. Überzeugend ist daher insbesondere unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm, an die Beeinflussung des Verhaltens und der Wahlmöglichkeiten der betroffenen Person anzuknüpfen.

ee) Ausnahmen

Ausnahmen vom dem Verbot sind nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO vorgesehen, wenn die automatisierte Entscheidung für die Erfüllung eines Vertrages erforderlich ist, eine europäische oder nationale Rechtsvorschrift diese zulässt und dort „angemessene Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person enthalten“ sind, oder bei einer Einwilligung⁹⁵ der betroffenen Person. Greift eine der Ausnahmen, müssen nach Abs. 3 Rechtsschutzmechanismen vorgesehen sein. Dabei geht es um die Wahrung der Rechte, Freiheiten und der berechtigten Interessen der betroffenen Person. Notwendig dafür ist nach Abs. 3 „mindestens das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung“.

⁹⁰ von Lewinski, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 38.

⁹¹ von Lewinski, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 40.

⁹² von Lewinski, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 38.

⁹³ Hladjk, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 22, Rn. 9.

⁹⁴ Hladjk, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, 22, Rn. 9.

⁹⁵ Wobei die Einwilligungslösung in der DSGVO insbesondere vor dem Hintergrund der Machtasymmetrie zwischen Nutzern und Diensteanbietern problematisch gesehen wird, Roßnagel, MMR 2020, 222 (227).

b) Sinn und Zweck des Art. 22 DSGVO

Art. 22 DSGVO ist zwar eine Norm der DSGVO, geht jedoch in ihrem Regelungsgehalt über den bloßen Datenschutz hinaus.⁹⁶ Es handelt sich dabei eigentlich nicht um eine klassisch datenschutzrechtliche Norm.⁹⁷ Der dem Datenschutzrecht zugrundeliegende Schutz der informationellen Selbstbestimmung spielt bei der Regelung des Art. 22 DSGVO eine eher untergeordnete Rolle.⁹⁸ Tatsächlich ist die Regelung rechtssystematisch schwer zuzuordnen. Der eigentliche Schutzgedanke der Norm ist noch unscharf,⁹⁹ die diesbezügliche Literatur versucht sich an einer Konturierung. Zunächst kann der Schutzgedanke darin gesehen werden, dass der Mensch nicht zum Objekt der Entscheidung eines Computerprogramms werden soll.¹⁰⁰ Die Datenethikkommission sieht Art. 22 DSGVO als die Ausgestaltung eines „Grundsatz[es] menschlicher Letztentscheidung“.¹⁰¹ Das Individuum soll durch die Norm davor geschützt werden, der automatisierten Entscheidung ausgeliefert zu sein. Art. 22 DSGVO bezieht sich gerade auf die Unterschiede menschlicher und automatisierter Entscheidung. Um Sinn und Zweck der Norm zu verstehen, ist also von Bedeutung, worin nach Art. 22 DSGVO der Unterschied liegt. *Ernst* sieht den Unterschied in der Typisierung der Entscheidung, wenn diese durch einen Algorithmus getroffen wird, da die Entscheidung eines Algorithmus datenbasiert ist und so nicht auf den Einzelfall eingehen kann.¹⁰² Eine Einschränkung automatisierter Entscheidungen durch die Norm bedeutet also eine Bewahrung des Einzelnen in seiner Individualität.¹⁰³ Dies steht wiederum im Zusammenhang mit dem in Anlehnung an die Menschenwürde gesehenen Schutzgedanken, das Individuum dürfe nicht Objekt einer automatisierten Entscheidung sein. Trotz der Formulierung als Recht des Betroffenen ist Art. 22 DSGVO als Verbotsnorm auszulegen.¹⁰⁴ *Bull* sieht den Art. 22 DSGVO als ein an „versteckte[r] Stelle in der Rechtsordnung“ geregeltes

⁹⁶ von *Lewinski*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 2.

⁹⁷ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 11; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 4. Nach *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1031) ist die Regelung mangels alternativer Verortung in die DSGVO aufgenommen worden.

⁹⁸ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 11.

⁹⁹ *Dammann*, ZD 2016, 307 (313).

¹⁰⁰ *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1030); *Martini*, JZ 2017, 1017 (1019); *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 1.

¹⁰¹ *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 160.

¹⁰² *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1030).

¹⁰³ *Ernst*, JZ 2017, 1026 (1030).

¹⁰⁴ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 12; *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 1, 15; *Artikel-29-Datenschutzgruppe*,

„Verbot, menschliche Schicksale von Automaten abhängig zu machen“.¹⁰⁵ Treffend formuliert *Schulz*, es handele sich um einen „Ausdruck eines diffusen allgemeinen Unbehagens“.¹⁰⁶ Die Gefahren automatisierter Entscheidungen, vor denen Art. 22 DSGVO schützen soll, sind, dass die Entscheidung nicht geprüft werden kann und der Betroffene seine Rechte hiergegen nicht geltend machen kann.¹⁰⁷ Nach Sinn und Zweck ist der Regelungsgehalt der Norm also offen und weit und kann grundsätzlich in der Situation der automatisierten Rechtsdurchsetzung Schutz für Nutzer bieten. Auch dort ist einem diffusen Unbehagen zu begegnen, das sich aus dem Unterschied algorithmischer zu menschlicher Aktion ergibt.

c) Anwendung des Art. 22 DSGVO auf automatisierte Rechtsdurchsetzung in Form des Einsatzes von Filtertechnologien

Nach der Darlegung der Tatbestandsvoraussetzungen und Sinn und Zweck des Art. 22 DSGVO soll nunmehr anhand des Beispiels automatisierter Rechtsdurchsetzung im Urheberrecht in Form des Einsatzes von Filtertechnologien ausgelotet werden, ob und inwiefern Art. 22 DSGVO in dieser Situation einen Schutz für Nutzer bietet.

Die DSGVO findet nur dann Anwendung, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden. Je nach Filtersystem variiert das Ausmaß der Verarbeitung personenbezogener Daten; ein System, bei dem keinerlei personenbezogene Daten verarbeitet werden, ist jedoch schwer denkbar.¹⁰⁸ Bei einer umfassenden Anordnung zur Filterung sämtlicher Dateien in einem sozialen Netzwerk, wie dies bei SABAM/Netlog der Fall war, wurden die Profile der Nutzer systematisch geprüft, was eine Verarbeitung personenbezogener Daten mit sich bringt.¹⁰⁹ Auch im Sachverhalt von Scarlet/SABAM ging es um eine Verarbeitung personenbezogener Daten, da das geforderte Filtersystem „eine systematische Prüfung aller Inhalte sowie die Sammlung und Identifizierung der IP-Adressen der Nutzer bedeuten würde, [...] wobei es sich bei diesen Adressen um personenbezogene Daten handelt“¹¹⁰. Doch auch wenn nicht umfassend der gesamte Datenbestand eines Diensteanbieters geprüft wird, kommt es in der Regel bei dem Einsatz au-

Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP 251, 21.

¹⁰⁵ *Bull*, Der Staat 2019, 57 (72).

¹⁰⁶ *Schulz*, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 22, Rn. 2.

¹⁰⁷ *von Lewinski*, in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 2; *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 3.

¹⁰⁸ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 435.

¹⁰⁹ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 49) – SABAM/Netlog.

¹¹⁰ EuGH, Urt. v. 24.11.2011, C-70/10, GRUR 2012, 265 (Rn. 51) – Scarlet/SABAM.

tomatisierter Filtersysteme zu einer Verarbeitung personenbezogener Daten. Dienste, bei welchen Nutzer Inhalte hochladen können, erfordern zumindest von den bereitstellenden Nutzern eine Registrierung. Bei dem Abgleich hochzuladender Inhalte mit einer Referenzdatei kann der hochzuladende Inhalt in der Regel zumindest mit der IP-Adresse des Nutzers verknüpft werden. Ein Bezug des Inhalts zu dem hochladenden Nutzer ist allein deshalb nötig, um diesen im Fall einer Sperrung zu informieren. Auch aus dem Inhalt hochgeladener Dateien kann sich ein Personenbezug ergeben.¹¹¹ Eine Filterung ohne eine Verarbeitung personenbezogener Daten ist denkbar, wenn zum Beispiel lediglich nach Dateinamen auf einer Plattform gesucht wird oder Dateien abgeglichen werden und diese vollständig unabhängig von dem jeweiligen Nutzer, der diese hochgeladen hat, gespeichert sind und auch über ihren Inhalt keinen Bezug zu individuellen Personen herstellen lassen.

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nach Art. 6 DSGVO nur dann rechtmäßig, wenn eine oder auch mehrere der Bedingungen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO erfüllt sind. In Betracht kommt im hiesigen Beispiel die Bedingung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a, dass eine Einwilligung gegeben wurde, oder nach Art. 6 Abs. 1 lit. b, dass die Verarbeitung zur Erfüllung eines Vertrages notwendig ist. Nach lit. c ist die Verarbeitung auch dann zulässig, wenn sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich ist, der der Verantwortliche unterliegt. Als eine solche rechtliche Verpflichtung könnte die Prüfpflicht nach Art. 17 Abs. 4 DSM-RL gesehen werden. Dies ist aber abzulehnen, da Art. 17 Abs. 9 Unterabsatz 3 DSM-RL klarstellt, dass die DSM-RL nicht als Rechtsgrundlage einer Verarbeitung personenbezogener Daten dienen soll. Zudem müsste nach Art. 6 lit. c DSGVO entsprechend der Präzisierung in Erwägungsgrund 45 der Zweck der Verarbeitung in der hierzu verpflichtenden Rechtsgrundlage festgelegt sein. Dies ist bei Art. 17 der DSM-RL gerade nicht der Fall. Für eine Notwendigkeit zur Erfüllung des Vertrages zwischen Diensteanbieter und Nutzer im Sinne von lit. b spricht, dass dem Diensteanbieter die Durchführung des Vertrages nur dann möglich ist, wenn er hierbei gewährleisten kann, dass seine Plattform nicht für die Verletzung von Urheberrechten, für welche er nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL als Täter einstehen muss, genutzt wird. Zu denken ist auch an das Bestehen eines berechtigten Interesses nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Dieses kann Grundlage einer rechtmäßigen Datenverarbeitung sein, wenn die Verarbeitung notwendig ist, um das berechtigte Interesse des Verarbeitenden zu wahren und eine Interessenabwägung kein Überwiegen des Interesses des Betroffenen ergibt. Die Vermeidung rechtswidriger Uploads auf dessen Plattform kann durchaus ein berech-

¹¹¹ Auch in Bezug auf Ton- und Bilddaten ist die DSGVO anwendbar *Roßnagel*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Art. 2, Rn. 14.

tigtes Interesse des Plattformbetreibers darstellen, insbesondere, wenn dieser sich einer Haftung für Uploads von Nutzern ausgesetzt sieht.

Dementsprechend kann in der Regel angenommen werden, dass bei dem Einsatz von Filtertechnologien zwar personenbezogene Daten verarbeitet werden, dies aber aufgrund der DSGVO zulässig ist. Im Zweifelsfall muss eine Einwilligung entsprechend den Bedingungen des Art. 7 DSGVO eingeholt werden.¹¹²

Doch auch wenn die Datenverarbeitung datenschutzkonform stattgefunden hat, so ist unter der Bestimmung des Art. 22 DSGVO die Nutzung des Ergebnisses der Datenverarbeitung unter den oben dargelegten Umständen nicht zulässig.¹¹³ Zweifel daran, dass im Zusammenhang mit dem Einsatz von Filtertechnologien eine auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung im Sinne des Art. 22 Abs. 1 DSGVO getroffen wird, können sich daraus ergeben, dass das Ergebnis nicht aufgrund der personenbezogenen Daten selbst erzielt wird, sondern aus dem Abgleich der Datei mit der Referenzdatei. Eine Verarbeitung personenbezogener Daten passiert dabei eher als Nebenwirkung. Indem Filtertechnologien einen Abgleich hochzuladender Inhalte mit einer Referenzdatei vornehmen und je nach Grad der Übereinstimmung und Voreinstellung hierauf basierend den entsprechenden Inhalt sperren oder zulassen, ist das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorganges eine automatisiert getroffene Entscheidung, bei der auch personenbezogene Daten – und sei es nur als Nebeneffekt – verarbeitet werden. „Verarbeitung“ ist in Art. 4 Nr. 2 DSGVO definiert als „Vorgang im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten“. Der Schutz der Norm muss unabhängig davon greifen, ob ausschließlich personenbezogene Daten die Grundlage der Entscheidung darstellen, oder ob diese lediglich mitverarbeitet werden. Hiergegen könnte die Auffassung von *Buchner* sprechen, der eine Bewertung im Sinne des Art. 22 DSGVO dann ausschließen möchte, wenn sie nicht auf eine „Bewertung von Persönlichkeitsaspekten“ abzielt.¹¹⁴ Diese Auffassung verengt den Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO allerdings. Richtigerweise wird Profiling lediglich als Unterfall der automatisierten Entscheidung genannt, automatisierte Entscheidungen können dagegen darüber hinausgehen. Als weiteres Argument dafür, dass gerade die personenbezogenen Daten ausschlaggebend für die Entscheidung sein müssen, könnte Erwägungsgrund 71 der DSGVO angeführt werden. Hiernach sollte „[d]ie betroffene Person [...] das Recht haben, keiner Entscheidung [...] zur Bewertung von sie betreffenden persönlichen Aspekten

¹¹² Sollte die Einwilligung sich als unzulässig erweisen oder nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO widerrufen werden, so ist ein Rückgriff auf einen der anderen Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO nicht mehr möglich, hierzu *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 6, Rn. 23, 60.

¹¹³ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 11.

¹¹⁴ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 17f.

unterworfen zu werden“. Nach *Martini* folgt daraus nicht, dass die Entscheidung auf personenbezogenen Merkmalen beruhen muss, doch folgert er daraus eine teleologische Reduktion der Norm dahingehend, dass „ein Mindestmaß der Bewertung persönlicher Aspekte des Betroffenen“¹¹⁵ gegeben sein muss. Für eine Auslegung, die automatisierte Entscheidungen einbezieht, bei denen Persönlichkeitsmerkmale lediglich mitverarbeitet werden, die Entscheidung aber nicht darauf basiert, spricht, dass dieses Kriterium eben nicht mehr in der verabschiedeten Fassung des Art. 22 DSGVO genannt wird.¹¹⁶ Eine weite Auslegung ergibt sich auch aus Sinn und Zweck der Norm, wonach nicht der Datenschutz im Zentrum steht, sondern es darum geht, dass das Individuum sich nicht einer automatisierten Entscheidung gegenübersehen soll und somit zum Objekt einer vollständig automatisierten Datenverarbeitung wird. Diese Gefahr besteht nicht nur dann, wenn das Individuum sich aufgrund einer Bewertung seiner personenbezogenen Daten einer automatisiert getroffenen Entscheidung gegenübergestellt sieht, sondern in jeder Situation, in der das Individuum von einer Entscheidung, die auf dieses Auswirkungen hat, sei es auf dessen allgemeine Handlungsfreiheit oder in anderer Weise, unmittelbar betroffen ist. Im Fall des Einsatzes lernender Systeme ist zudem gar nicht unbedingt nachvollziehbar, auf welcher Grundlage genau die Entscheidung erfolgt. Lernende Systeme verarbeiten potentiell alle eingespeisten Daten, ohne dass im Nachhinein festgestellt werden kann, aufgrund welcher Daten die Entscheidung erfolgt ist. Um eine Entscheidung, die aufgrund personenbezogener Daten ergangen ist, wie zum Beispiel der IP-Adresse in den Metadaten einer Datei oder dem bisherigen Nutzerverhalten, zu vermeiden, dürften keinerlei personenbezogene Daten in das System eingespeist werden. Dies ist zumindest dann unmöglich, wenn der Inhalt der Datei selbst Personenbezug aufweist. Im Sinne einer maximal nutzerschützenden Auslegung erscheint es daher durchaus mit dem Sinn und Zweck der Norm vereinbar, diese auch auf Fälle anzuwenden, in denen die Entscheidung zwar aufgrund einer Verarbeitung unter Einbeziehung personenbezogener Daten erfolgt, die eigentliche Grundlage der Entscheidung aber auf weiteren Aspekten, wie im Beispiel dem Abgleich mit einer Referenzdatei, beruht.

Eine rechtliche Wirkung automatisierter Rechtsdurchsetzung in Form von Filtertechnologien kann in der unter Kapitel 2, II. 1. und 2. diskutierten Unterbindung der Grundrechtsausübung durch die Blockierung des Uploads von Inhalten gesehen werden. Eine unmittelbare Rechtsfolge ist aber nicht damit verknüpft,

¹¹⁵ *Martini*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 22, Rn. 15c.

¹¹⁶ *Dammann*, ZD 2016, 307 (312); *Scholz*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, Art. 22, Rn. 15.

da der Verstoß gegen Normen des Urheberrechts gerade verhindert wird. Auch die Rechtsposition des Nutzers ändert sich nicht.

Allerdings kann im Sinne eines maximalen Schutzes von Nutzern nach der oben vertretenen Auslegung bei einer automatisierten Entscheidung durch Filtertechnologien über den Upload von Inhalten eine in ähnlicher Weise beeinträchtigende Wirkung angenommen werden. Die Verhinderung des Uploads eines Inhalts, unabhängig davon, ob dieser rechtlich zulässig ist oder nicht, stellt einen Realakt dar, der für den betroffenen Nutzer fühlbar und auch negativ ist, da bestehende Handlungsoptionen eingeschränkt werden. Die intendierte Handlung kann aufgrund einer automatisierten Entscheidung durch ein Computerprogramm nicht vorgenommen werden. Dabei handelt es sich – auch wenn dieser gerechtfertigt ist – um einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte allgemeine Handlungsfreiheit und gegebenenfalls auch der Kunstfreiheit und der Meinungsfreiheit. Handlungen und Wahlmöglichkeiten der Nutzer werden durch die Technologie potentiell verhindert und damit erheblich beeinflusst. Nach Sinn und Zweck der Norm geht es gerade darum, dass das Individuum dem technischen System nicht ausgeliefert sein soll.

Grundsätzlich kann damit angenommen werden, dass der Einsatz von Filtertechnologien in den Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO fällt. Allerdings dürfte der Ausschlussgrund des Art. 22 Abs. 2 lit. a, gegebenenfalls auch lit. c DSGVO von dem Verbot des Art. 22 Abs. 1 DSGVO greifen. Die Ausschlussgründe in Art. 22 Abs. 2 lit. a und lit. c DSGVO entsprechen den Bedingungen einer Rechtmäßigkeit der Verarbeitung in Art. 6 Abs. 1 lit. a und b DSGVO. Die Entscheidung als Ergebnis des Vorgangs der automatisierten Datenverarbeitung ist zulässig, wenn diese für den Abschluss oder für die Erfüllung eines Vertrages notwendig ist (lit. a) oder wenn eine ausdrückliche Einwilligung eingeholt wurde (lit. c). Gleichzeitig müssen aber die nach Abs. 3 erforderlichen Schutzmaßnahmen für die Zulässigkeit der automatisierten Entscheidung gewährleistet sein. Im Rahmen der DSM-RL sind die Schutzmaßnahmen über Art. 17 Abs. 9 gewährleistet. Zudem wäre ein intendierter Ausschluss des Einsatzes von Filtertechnologien über die DSGVO systematisch widersinnig. In Art. 17 Abs. 9 Unterabsatz 3 nimmt die DSM-RL Bezug auf die DSGVO: „die Zusammenarbeit [darf] weder zur Identifizierung einzelner Nutzer führen noch als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dienen, außer dies erfolgt im Einklang mit der [DatenschutzRL¹¹⁷] und der [DSGVO]“. Zwar scheint es, wie erörtert, in vielen Situationen kaum möglich, keine personenbezogenen Daten zu verarbei-

¹¹⁷ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation).

ten, dies wird aber in der Regel aufgrund einer der Bedingungen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO zulässig sein. Für das Verhältnis des Art. 17 DSM-RL zu Art. 22 DSGVO bedeutet die Bezugnahme in Art. 17 Abs. 9 Unterabsatz 3 DSM-RL aber, dass Art. 22 DSGVO systematisch nicht von vornherein den Einsatz von Filtertechnologien ausschließen soll.

Im Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass sich aus Art. 22 DSGVO de lege lata kein Verbot automatisierter Filtersysteme ergibt, für Nutzer aber bei einer maximal weiten Auslegung der Norm nach Art. 22 Abs. 3 DSGVO Schutz geboten wird.

2. Verbot der Pflicht zur allgemeinen Überwachung nach Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-RL, § 7 Abs. 2 TMG

Nach Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-RL,¹¹⁸ der in § 7 Abs. 2 des TMG umgesetzt wurde, darf Diensteanbietern keine allgemeine Verpflichtung auferlegt werden, „die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen“. Dieses Verbot, welches zunächst dem Zweck dient, Diensteanbieter nicht mit zu hohen Anforderungen zu überlasten,¹¹⁹ kann mittelbar auch den Interessen der Nutzer dienen. Eine Einschränkung der – automatisiert umgesetzten – Prüfpflichten der Plattformbetreiber führt zu einer Ausdehnung des faktischen Freiheitsraums der Nutzer. Zudem sind die durch eine Prüfpflicht der Plattformbetreiber betroffenen Grundrechte der Nutzer, die Informationsfreiheit, der Schutz personenbezogener Daten, teilweise auch die Kunst- und Meinungsfreiheit, durch eine Einschränkung der Pflichten der Plattformbetreiber in ihrer Gewährleistung gestützt.

Diffizil dabei, das zulässige Maß der Verpflichtung zur Filterung urheberrechtsverletzender Inhalte zu bestimmen, ist die Abgrenzung der Auferlegung allgemeiner von der Auferlegung spezifischer Überwachungspflichten und die Präzisierung der diesbezüglichen Kriterien. Hierzu hat sich der EuGH erstmals in der L'Oréal/eBay-Entscheidung geäußert. Demnach können Diensteanbietern Pflichten auferlegt werden, wonach auch vorbeugend Rechtsverletzungen entgegengewirkt werden muss.¹²⁰ Beschränkt werde dies allerdings durch Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-RL, so dass nicht dazu verpflichtet werden darf, „aktiv

¹¹⁸ Die Regelung ist auch in Art. 7 DSA-E vorgesehen.

¹¹⁹ BGH, GRUR 2015, 1129 (Rn. 37). Ziel der Einschränkung der Kontrollpflichten ist demnach, das Geschäftsmodell des entsprechenden Anbieters wirtschaftlich nicht zu gefährden oder unverhältnismäßig zu erschweren. So auch in Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 (Rn. 39).

¹²⁰ EuGH, Urt. v. 12.07.2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 (Rn. 131) – L'Oréal/eBay.

alle Angabe eines jeden [...] Kunden zu überwachen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums über die Seite dieses Anbieters vorzubeugen“.¹²¹ Eine weitere Präzisierung dieser Einschränkung durch den EuGH findet in L'Oréal/eBay nicht statt. In der SABAM-Rechtsprechung legt der EuGH weitere Merkmale einer unzulässigen Überwachung fest. Danach ist eine Filterung durch einen Hosting-Anbieter¹²² beziehungsweise durch einen Internetzugangsanbieter¹²³ dann nicht zulässig, wenn das Filtersystem die von Nutzern gespeicherten Informationen filtert und dabei unterschiedslos auf alle Nutzer anwendbar ist, präventiv sowie zeitlich unbegrenzt eingesetzt wird und auch Werke erfasst, die zum Zeitpunkt des Einsatzes des Filtersystems noch nicht entstanden waren, um Inhalte, die potentiell Rechte des geistigen Eigentums verletzen, zu blockieren.¹²⁴ Die Begründung der Entscheidung des EuGH basiert sowohl auf dem Schutz der Grundrechte der Diensteanbieter¹²⁵ als auch auf dem Schutz der Grundrechte der Nutzer¹²⁶. Eine klare Abgrenzung einer zulässigen von einer unzulässigen Pflicht zur Überwachung kann aus der Entscheidung allerdings nicht abgeleitet werden.¹²⁷ In den der SABAM-Rechtsprechung zugrundeliegenden Sachverhalten ging es um eine umfassende Filterung, so dass die diesbezügliche Feststellung der Unzulässigkeit nicht zu einer Konturierung der Grenze zu dem zulässigen Maß geeignet ist. Offen ist also, was unter einer spezifischen vorbeugenden Überwachung zu verstehen ist. Zu der Abgrenzung einer allgemeinen zu einer spezifischen Überwachungspflicht präzisiert der EuGH weiter in der Entscheidung zum Verfahren Glawischnig-Piesczek/Facebook in Bezug auf die Frage der Filterung „sinngleicher“ Inhalte im äußerungsrechtlichen Zusammenhang. Die zur Verhinderung einer Rechtsverletzung erforderliche Überwachung verstoße dann nicht gegen das Verbot zur Auferlegung einer allgemeinen Überwachungspflicht, wenn die diesbezügliche Verfügung „genau bezeichnete[] Einzelheiten“ enthält und diese „den Hosting-Anbieter nicht verpflichtet, eine autonome Beurteilung vorzunehmen, so dass er auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung zurückgreifen kann“.¹²⁸ Die Grenze der Verpflichtung sieht der EuGH also interessanterweise in der Möglichkeit der automatisierten Feststellung sinngleicher Inhalte; der Hosting-Anbieter könne

¹²¹ EuGH, Urt. v. 12.07.2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 (Rn. 139) – L'Oréal/eBay.

¹²² EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 – SABAM/Netlog.

¹²³ EuGH, Urt. v. 24.11.2011, C-70/10, GRUR 2012, 265 – Scarlet/SABAM.

¹²⁴ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 39 ff.) – SABAM/Netlog.

¹²⁵ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 44 ff.) – SABAM/Netlog.

¹²⁶ EuGH, Urt. v. 16.02.2012, C-360/10, GRUR 2012, 382 (Rn. 48 ff.) – SABAM/Netlog.

¹²⁷ Metzger, GRUR 2012, 382 (385).

¹²⁸ EuGH, Urt. v. 03.10.2019, C 18/18, GRUR 2019, 1208 (Rn. 46) – Glawischnig-Piesczek/Facebook Ireland.

nicht gezwungen werden, eine autonome Beurteilung vorzunehmen. Die Grenze wird also anhand dessen, was dem Hosting-Anbieter zugemutet werden kann, festgelegt, ohne explizite Einbeziehung der Interessen der Nutzer. Dennoch entsteht aus den Feststellungen der Entscheidung wiederum mittelbar ein Schutz für die Nutzer, für die Freiräume gelassen werden müssen, die nicht einer vollständigen präventiven Filterung unterliegen.

Die Rechtsprechung des BGH geht nicht vertieft auf die SABAM-Rechtsprechung und damit auch nicht auf den mit einer Begrenzung der Prüfpflichten der Diensteanbieter einhergehenden Schutz der Nutzer ein.¹²⁹ Dies hat in der Literatur zu Irritation geführt.¹³⁰ Teilweise wird vertreten, die Rechtsprechung des BGH zur Reichweite von Filterpflichten führe zu einer „Kontrollinfrastruktur“, die nicht mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar sei.¹³¹ Das Verbot der allgemeinen Überwachungs- und Nachforschungspflicht werde ausgehöhlt.¹³² Tatsächlich ist die Abgrenzung einer Pflicht zu spezifischer von einer Pflicht zu allgemeiner Überwachung ein neuralgischer Punkt. Bei einer Kumulation spezifischer Überwachungspflichten besteht die Gefahr der Entstehung einer mehr oder weniger flächendeckenden Überwachung im Sinne einer „Politik der Nadelstiche“.¹³³

Vor diesem Hintergrund bedarf auch das Verhältnis der Pflichten der Diensteanbieter nach Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL zu dem Verbot zur Pflicht einer allgemeinen Überwachung der Betrachtung. In der Richtlinie selbst ist in Art. 17 Abs. 8 S. 1 festgehalten: „Die Anwendung dieses Artikels darf nicht zu einer Pflicht zur allgemeinen Überwachung führen“. Der Unterschied der Pflicht nach Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL und der in SABAM zur Diskussion stehenden Pflicht liegt darin, dass die Pflicht nach Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL sich nur auf solche Inhalte erstreckt, hinsichtlich derer Referenzdateien zur Verfügung gestellt wurden. Die Pflicht nach Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL kann also als spezifische Pflicht gesehen werden. Gleichzeitig ist aber anzunehmen, dass umfassende Listen mit dem gesamten Repertoire von Rechteinhabern zur Verfügung gestellt werden.¹³⁴ *Spindler* ist daher der Ansicht, die Pflicht nach Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 DSM-RL laufe wie im SABAM/Netlog-Verfahren „auf die Prüfung aller

¹²⁹ Dazu oben unter Kapitel 4, III. 5.

¹³⁰ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 430; *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, 184; *Peifer*, jurisPR-WettbR 2013, Anm. 1; *Rauer*, GRUR-Prax 2013, 93.

¹³¹ *Paal/Hennemann*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, § 7 TMG, Rn. 62 ff.

¹³² *Paal/Hennemann*, in: Gersdorf/Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, § 7 TMG, Rn. 65.

¹³³ *Metzger*, GRUR 2012, 382 (385).

¹³⁴ *Senfleben*, ZUM 2019, 369 (372).

urheberrechtlich relevanten Inhalte zu jedem Zeitpunkt hinaus[...]“ und schlussfolgert, dass daher vieles dafür spricht, „dass hier ein Verstoß gegen das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht vorliegt“.¹³⁵ Diese Sorge ist nicht gänzlich unbegründet. Von den Plattformbetreibern kann nicht mehr gefordert werden als die Inhalte zu prüfen, zu denen Rechteinhaber Informationen bereitgestellt haben.¹³⁶ Dies umfasst nicht die gesamten Inhalte einer Plattform, worüber der Konflikt formal aufgelöst werden kann. Aus der Perspektive der Nutzer bietet eine solche formale Betrachtung allerdings kaum Schutz, insbesondere kaum Freiräume gegenüber der Determinierung ihrer Handlungsmöglichkeiten durch die technischen Gegebenheiten. De lege lata kann demnach aus dem Verbot der Pflicht zur allgemeinen Überwachung kein klarer Schutzgedanke zugunsten der Nutzer entnommen werden. Der Schutz der Nutzer erfolgt demnach eher reflexartig mittelbar über den Schutz der Diensteanbieter vor übermäßigen Prüfpflichten. Notwendig im Sinne der SABAM-Rechtsprechung wäre eine Abwägungsentscheidung hinsichtlich eines zulässigen Maßes der Überwachungspflichten – nicht nur anhand der Grundrechte der Diensteanbieter, sondern insbesondere auch anhand der Grundrechte der Nutzer.¹³⁷

III. Zwischenergebnis

Der Einsatz von Filtertechnologien zum Schutz von Urheber- und Persönlichkeitsrechten ist nicht grundsätzlich abzulehnen. Wesentlich bei deren Einsatz ist aber, dass wirksame Schutzmechanismen für die Rechte und Interessen der Nutzer bestehen. Sehen Nutzer sich einer technischen Infrastruktur zur Rechtsdurchsetzung gegenüber, muss nicht nur bei Fehlleistungen der Technologie, sondern auch in Bezug auf den Aspekt der Automatisierung unabhängig von Fragen der Funktionalität der Technologie Rechtsschutz existieren. In der Umsetzung des Art. 17 DSM-RL im UrhDaG wird der Fokus verstärkt auf präventive Schutzmechanismen, bevor es überhaupt zu einer Filterung kommt, gelegt. In Bezug auf Fehlleistungen der Technologie sehen die DSM-RL und auch das UrhDaG vielversprechende Beschwerde- und Rechtsbehelfsmechanismen vor. Auch die SABAM-Rechtsprechung des EuGH deutet in die richtige Richtung. Der EuGH gibt den Grundrechten der Nutzer im Kontext einer Pflicht von Diensteanbietern, Inhalte zum Schutz von Rechten des geistigen Eigentums zu filtern, Raum. Erstaunlich ist vor diesem Hintergrund, dass der BGH den Rechten der Nutzer

¹³⁵ *Spindler*, GRUR 2020, 253 (259). So auch *Senfleben*, ZUM 2019, 369 (372).

¹³⁶ *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (787).

¹³⁷ *Kastl*, Automatisierung im Internet, 2016, 431 f.

bislang wenig Beachtung schenkt. Dies gilt insbesondere, da die Rechtsprechung des BGH zu Filterverpflichtungen ansonsten sehr ausdifferenziert ist. Wünschenswert wäre, dass die Kriterien zum Schutz der Nutzer sowohl in Bezug auf Fehlleistungen der Technologie als auch unabhängig davon fester Bestandteil der Beurteilung der Grenzen der Prüfpflichten von Diensteanbietern würden. Die Bewertung der Zulässigkeit von Filterpflichten lässt sich in einer Gesamtschau der diesbezüglichen Rechtsprechung als ein Zusammenspiel der technischen Möglichkeiten, der Grundrechte der Nutzer und der Zumutbarkeit für die Diensteanbieter feststellen, wobei letztere sich auch aus dem Zusammenspiel der technischen Möglichkeiten und der Grundrechte der Nutzer ableiten sollte. Aus dem Zusammenspiel der Grundrechte der Nutzer und den technischen Möglichkeiten lassen sich weiterhin werkbezogene Aspekte, wie die zuverlässige Berücksichtigung von Schranken als Voraussetzung der Zulässigkeit der Pflicht zum Einsatz von Filtertechnologien, ableiten. Zu begrüßen wäre, wenn die Gerichte diese in der bisherigen Rechtsprechung bereits angelegten Aspekte in ihrer Gesamtheit in jede Prüfung einbeziehen würden.

Im Hinblick auf funktionalitätsunabhängige Schutzmaßnahmen kann festgestellt werden, dass die Reichweite des Rechtsschutzes, der von Art. 22 DSGVO ausgeht, stark von der Auslegung der Norm abhängt. Der Schutz für Nutzer ergibt sich bei einer weiten Auslegung des Tatbestandes über die in Abs. 3 vorgesehenen Maßnahmen zur Sicherung der Interessen von Nutzern, die bei einem Greifen der Ausnahmen von dem Verbot zu gewährleisten sind. Das Verbot der Pflicht zur allgemeinen Überwachung kann mittelbar dem Schutz der Nutzer dienen, indem hierdurch Freiräume geschaffen werden, die nicht einer Filterung unterliegen. Die Grenzen einer zulässigen Pflicht zur Filterung sind im Einzelfall schwierig zu ermitteln. Im Ergebnis sinnvoll festgestellt werden können diese durch eine jeweilige Abwägungsentscheidung.

In einer Gesamtbetrachtung scheinen gerade in Bezug auf funktionalitätsunabhängigen Schutz von Nutzern, die sich Systemen automatisierter Rechtsdurchsetzung gegenübersehen, weitere Überlegungen notwendig. Diese werden im Folgenden angestellt.

Kapitel 6:

Sicherung von Freiheitssphären *de lege ferenda*

Wird angenommen, dass die Möglichkeit des Rechtsverstoßes von rechtlicher Bedeutung ist, so sind die rechtlichen Rahmenbedingungen von Rechtsdurchsetzung durch Technologie zu diskutieren. Eine Freiheit zum Rechtsverstoß kann, wie oben erörtert, nicht aufgrund eines Rechts bestehen und auch nicht in einem starren Rahmen geregelt werden. Es können und müssen aber die Aspekte geschützt werden, die gefährdet sind, wenn eine solche Freiheit faktisch ausgeschlossen wird. Zentraler Aspekt des Rechtsschutzes gegenüber automatisierter Rechtsdurchsetzung ist die Auflösung des zwingenden Charakters der Technologie und der Unausweichlichkeit der Befolgung der Rechtsnorm. Auf diese Weise steuert der Rechtsschutz einem passiven Unterworfensein des Nutzers angesichts der technisch manifestierten Regel entgegen. Die Technik und dementsprechend deren Rahmenbedingungen müssen so gestaltet sein, „dass sie machtbegrenzend und freiheitsfördernd“¹ wirken. Maßgebend sind dabei die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit, die Akzeptanz der Norm, die Schaffung eines Interessenausgleichs und die Aufrechterhaltung einer dynamischen Rechtsfortbildung.² Im Folgenden werden Varianten zum Schutz dieser Aspekte ausgeführt. Ausgangspunkt ist stets die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (I.). Davon ausgehend werden zunächst ein Informationsmodell (II.) und anschließend eine Regelung einer Möglichkeit zum Abstellen technischer Systeme (III.) sowie automatisierte Systeme zum Schutz von Nutzerrechten (IV.) diskutiert. Zuletzt wird eine Weiterentwicklung des Rechtsgedankens des Art. 22 DSGVO erwogen (V.).

I. Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit

Die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zwischen dem von einem Verstoß gegen eine Rechtsnorm ausgehenden Risiko und dem automatisierten vollständigen präventiven Vollzug muss stets gewährleistet sein.³ Bei automa-

¹ Roßnagel, MMR 2020, 222 (224).

² Vgl. die Ausführungen unter Kapitel 2.

³ Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 217, 218.

tisierter Rechtsdurchsetzung ist je nach der konkreten Situation, in der diese stattfindet, die Gefährdungslage unterschiedlich. So ist ein Verstoß gegen das Steuerrecht, der gesamtgesellschaftlichen Schaden nach sich zieht, anders zu bewerten als ein Urheberrechtsverstoß, der unmittelbar lediglich zu einem Schaden für den individuellen Rechteinhaber führt.⁴ *Roßnagel* warnt daher vor einem Zuviel an Neutralität in Bezug auf unterschiedliche Technologien.⁵ Technikneutralität gehe zu weit, wenn sie zu „Risikoneutralität“ wird.⁶ Hierdurch würden die „spezifischen Grundrechtsrisiken verfehlt“.⁷ Die Datenethikkommission fordert daher in ihrem Gutachten eine Kritikalitätspyramide.⁸ Gerade Filtersysteme seien ein Beispiel dafür, dass „der Einsatz desselben Systems unterschiedliche Gefährdungspotentiale“⁹ haben kann. Wird der Einsatz eines automatisierten Systems zur Rechtsdurchsetzung beurteilt, ist daher stets eine Abwägung zwischen der Bedeutung des Schutzgutes, der Verletzung oder nur Gefährdung des Schutzgutes durch den Rechtsverstoß und dem Erhalt der Möglichkeit des Rechtsverstoßes notwendig.¹⁰ *Bernzen* und *Kehrberger* schlagen vor, zunächst die Bedeutung des durchzusetzenden Rechts herauszuarbeiten, parallel zu der Rechtsprechung des BVerfG zur anlasslosen Überwachung.¹¹ Dem gegenüber gestellt werden soll die Wahrscheinlichkeit der Schutzgutsverletzung.¹² Durch eine Abwägung im Rahmen einer Verhältnismäßigkeitsprüfung kann der jeweiligen Gefährdungslage adäquat begegnet werden, ohne in spezifischen Einzelnormen Regelungen für einzelne Situationen und Technologien zu treffen. Solche Einzelnormen könnten Gefahr laufen, durch technische Entwicklungen überholt zu werden und sich zu sehr an technischen Möglichkeiten anstelle von rechtlichen Wertungen zu orientieren.¹³ Die im Folgenden vorgestellten Erwägungen zur Sicherung der durch automatisierte Rechtsdurchsetzung gefähr-

⁴ Ein gesamtgesellschaftlicher Schaden entsteht nach der ökonomischen Theorie unter Zugrundelegung der Prämisse einer Wohlfahrtssteigerung durch kulturelle Vielfalt allerdings, wenn aufgrund eines fehlenden Urheberrechtsschutzes keine Schaffensanreize mehr bestehen. Hierzu auch unter Kapitel 2. III.

⁵ *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (227).

⁶ *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (227). Was nach *Roßnagel* bei der DSGVO geschehen sei.

⁷ *Roßnagel*, MMR 2020, 222 (227).

⁸ *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 177.

⁹ *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 179.

¹⁰ *Rademacher*, JZ 2019, 702 (710). *Rademacher* zieht hinsichtlich der Frage, ob eine Norm auf Vollvollzug angelegt ist, als Differenzierungskriterium heran, ob diese Vorfeldschutz bietet, oder ob die Norm ein Verhalten um seiner selbst willen ge- oder verbietet.

¹¹ *Bernzen/Kehrberger*, Rechtswissenschaft 2019, 374 (406).

¹² *Bernzen/Kehrberger*, Rechtswissenschaft 2019, 374 (406).

¹³ Gleichzeitig kann die spezifische Gefahrenlage aber auch die Regelung in einer Einzel-

deten Aspekte sind daher bewusst alle auf einer übergeordneten Ebene angesiedelt, die jede Form der automatisierten Rechtsdurchsetzung erfassen soll. Entsprechende Regelungen müssen stets Spielraum für eine Abwägung zur Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit beinhalten.

II. Informationsmodelle

Als Minimalanforderung in Situationen automatisierter Rechtsdurchsetzung muss der betroffene Nutzer informiert werden über die Tatsache, dass Rechtsdurchsetzung automatisiert stattfindet, welche Normen durchgesetzt werden und auch mit welcher Technologie diese durchgesetzt werden.¹⁴ Die primäre Information darüber, dass Rechtsnormen automatisiert durchgesetzt werden, ist die Grundlage jeder Form der Selbstbestimmung und der Wahrnehmung der eigenen Interessen.¹⁵ Das bedeutet, dass dem Nutzer mitgeteilt werden muss, dass Normen automatisiert durchgesetzt werden, wenn es zu einer Sperrung, Blockierung oder ähnlichen einschränkenden Maßnahmen kommt. Im Einzelfall muss mitgeteilt werden, welche Normen durchgesetzt werden, damit dem Nutzer die rechtliche Grundlage der faktischen Einwirkung auf die Handlungsmöglichkeiten bekannt ist. Dem Nutzer muss zudem deutlich gemacht werden, welchen technischen Gegebenheiten er unterliegt.¹⁶ Unabhängig von der technischen Vorbildung des jeweiligen Nutzers ist diese Information genauso essenziell wie die Information darüber, welche Rechtsnorm durchgesetzt wird, die entsprechend unabhängig von der juristischen Vorbildung des jeweiligen Nutzers wichtig ist. Sobald der Nutzer sich in die Situation begibt, in der er einer technischen Determinierung unterliegt, also beispielsweise eine Plattform aufruft, müssen ihm diese Informationen in verständlicher Form zugänglich gemacht werden.¹⁷ Das

norm notwendig machen. Eine auf eine konkrete Situation bezogene Regelung beinhaltet Art. 17 Abs. 9 DSM-RL.

¹⁴ Nach Art. 12 Nr. 1 des DSA-E müssen Nutzer über jegliche Einschränkung der Nutzung des Dienstes, einschließlich der Einschränkung durch algorithmische Entscheidungen informiert werden. Es bleibt zu beobachten, wie diese Regelung sich im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens entwickelt.

¹⁵ In Bezug auf „Intelligente Systeme“ *Wischmeyer*, AöR 2018, 1 (20 ff.).

¹⁶ So auch *Koops*, in: Brownsword/Yeung, *Regulating Technologies*, 2008, S. 157 (168, 169), der „transparency of rules“ als Kriterium für die Akzeptierbarkeit normativer Technologien sieht. Interessant ist, dass nach Art. 17 Abs. 8 S. 2 DSM-RL sowie nach § 19 Abs. 2 UrhDaG der Rechteinhaber Auskunft über die Funktionsweise der Verfahren zur Blockierung verlangen kann, für Nutzer ein solches Auskunftsrecht aber nicht vorgesehen ist.

¹⁷ *Wischmeyer*, AöR 2018, 1 (23) plädiert, wiederum in Bezug auf „Intelligente Systeme“ zur Entscheidungsfindung, dass Informationspflichten zeitlich vor der eigentlichen Entschei-

Problem bei Informationspflichten ist oftmals, dass bereits ein Übermaß an Informationen besteht. Insbesondere im Bereich des Datenschutzrechts¹⁸ aber auch in Bezug auf DRMS¹⁹ wurden alternative Konzepte zur Informationsvermittlung entwickelt. So zieht *Specht* Erkenntnisse aus den Bildwissenschaften heran.²⁰

Die bloße Information ist aber – auch wenn sie prominent und verständlich vermittelt wird – zu wenig, um die Rechte und Interessen der Nutzer zu wahren. Nutzer müssen selbst aktiv werden können, um ihre Interessen zu vertreten. Auf diese Weise wird die Situation, der Norm passiv unterworfen zu sein, aufgelöst. Information ist daher insbesondere dann von Bedeutung, wenn sie die Grundlage schafft für die Möglichkeit, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen oder sich in alternativer Art und Weise einer Beeinträchtigung der eigenen Rechte und Interessen entgegenzustellen.

III. Abstellen technischer Systeme (und Selbsthilferecht)

Über die Kombination der oben genannten Informationsvermittlung mit einer gesetzlich geregelten Möglichkeit des Abstellen-Könnens rechtsdurchsetzender technischer Systeme, die ausschließlich rechtlich zulässiges Handeln ermöglichen, kann ein hohes Schutzniveau erzielt werden.²¹ Nach Empfehlung Nr. 71 der Datenethikkommission „ist regelmäßig ein technisches Design zu fordern, bei dem der Mensch im Einzelfall den technischen Vollzug außer Kraft setzen kann.“²² Praktisch umsetzbar ist eine solche Möglichkeit zum Abstellen technischer Systeme über die Einstellungen eines Dienstes, die durch Nutzer individuell konfiguriert werden können. Eine derart gestaltete Technologie bedeutet für rechtsbefolgungswillige Nutzer eine Unterstützung in dem Begehren, rechtskonform zu handeln. Bei Unsicherheit über die Rechtslage, wie dies gerade im Urheberrecht häufig der Fall ist, wird die Deliberation über die Frage der Rechtskonformität der jeweiligen Handlung bewusst an die Technologie ausgelagert. Der Nutzer macht sich so aktiv die angebotene technische Infrastruktur zu eigen

und angesetzt werden müssen, „etwa wenn durch den Einsatz der Technologie bereits im Vorfeld der eigentlichen Entscheidungen Weichen gestellt werden“.

¹⁸ *Efroni et al.*, EDPL 2019, 352.

¹⁹ *Specht*, Diktat der Technik, 2019, 413 ff.

²⁰ *Specht*, Diktat der Technik, 2019, 416 ff.

²¹ *Rademacher*, JZ 2019, 702 (710); *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 217.

²² *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 218, hierzu auch auf S. 217.

und verwendet sie dem eigenen Bedürfnis, sich rechtskonform zu verhalten, folgend. Gleichzeitig werden durch die technische Struktur die Handlungsoptionen nicht zwingend einseitig determiniert. Die bloße Möglichkeit des Abstellen-Könnens des Systems wandelt also dessen Charakter von einer handlungsdeterminierenden Infrastruktur zu einem Werkzeug, das das Individuum sich zunutze machen kann. Die Möglichkeit des Abstellen-Könnens des technischen Systems bedeutet dabei nicht, dass der Nutzer, der wählt, die Funktion des Systems abzustellen, der entsprechenden Norm nicht unterworfen sein soll. Vielmehr führt das Abstellen des technischen Systems dazu, dass die Befolgung der Norm eigenverantwortlich durch den Nutzer gewährleistet sein muss und das Recht bei Nichtbefolgung gegebenenfalls (ex post) durchgesetzt wird.

Zu unterscheiden ist die Möglichkeit des Abstellen-Könnens technischer Systeme von einem Selbsthilferecht für Nutzer. In Bezug auf DRMS wurde diskutiert, ob hier ein Selbsthilferecht zu deren Umgehung bestehen sollte.²³ Wenn Technologie aufgrund mangelnder Funktionalität oder auch aufgrund bewusster, dahingehender Konfiguration das Recht über den eigentlichen Regelungsgehalt hinaus durchsetzt, kann ein Selbsthilferecht in bestimmten Fällen angedacht werden. Die Situation der automatisierten Durchsetzung von Rechtsnormen, die technisch fehlerfrei funktioniert, ist aber anders zu bewerten als die Situation des durch Private angebrachten Kopierschutzes bei DRMS. Insbesondere ist sie auch zu unterscheiden von der Situation, in der die Technologie über das rechtlich gebotene Maß Urheberrechte schützt. Die Anerkennung eines Selbsthilferechts gegenüber einer fehlerfrei funktionierenden Technologie, die nicht über die Durchsetzung einer bestehenden Rechtsnorm hinaus Freiheiten einschränkt, kann rechtsstaatlich nicht geboten sein. Hierdurch würden die Ziele des Schutzes des jeweils durchzusetzenden Rechts sowie das Recht des Staates, dieses durchzusetzen unterlaufen. Die Möglichkeit des Abstellen-Könnens technischer Systeme dagegen stellt keine aktive Umgehung einer Schutzmaßnahme dar, sondern hält den Zustand der Eigenverantwortlichkeit bei der Rechtsbefolgung aufrecht.

Freilich kann eine Möglichkeit des Abstellens technischer Systeme nicht in jedem Zusammenhang das Mittel der Wahl sein. Die Errungenschaften und Entwicklungen durch Technologie und auch der Technologie selbst würden verkannt, würde in jeder Situation auch die Möglichkeit des Abstellens eines technischen Systems verlangt. Digitalisierung und technische Möglichkeiten schaffen neue Möglichkeiten zur Rechtsverletzung, denen teilweise sinnvollerweise nur durch Technologie begegnet werden kann. Ist die Rechtsverletzung sehr niedrigschwellig und geschieht sie aus der Sicht von Nutzern ohne wahrnehmbaren Schaden, kann unter Beibehaltung der derzeitigen Haftungsstrukturen kaum

²³ Metzger/Kreutzer, MMR 2002, 139 (140).

auf Eigenverantwortlichkeit der Nutzer gebaut werden. Gerade im Beispiel der Durchsetzung urheberrechtlicher Normen würde diese Möglichkeit einem effektiven Rechtsschutz wohl zuwiderlaufen.²⁴ Auch für Plattformbetreiber kann ein solches Modell zu negativen wirtschaftlichen Konsequenzen führen, wenn sie für Rechtsverletzungen der Nutzer in die Haftung genommen werden, sich aber nicht durch Technologie vollständig gegen ebendiese Rechtsverletzungen absichern können. Bei einer bereits bestehenden starken Akzeptanz der entsprechenden Rechtsnorm kann die Möglichkeit des Abstellen-Könnens technischer Systeme aber die Akzeptanz aufrechterhalten und vielleicht sogar stärken – mittels einer klar herausgestellten Eigenverantwortlichkeit der Nutzer.

IV. Automatisierter Schutz von Nutzerrechten

Den Gedanken weiterführend, dass die Digitalisierung neue Möglichkeiten der Rechtsverletzung eröffnet und diesen teilweise nur automatisiert begegnet werden kann, bieten sich Überlegungen hinsichtlich eines ebenfalls automatisierten, durch Recht bestimmten Schutzes von Nutzerrechten an. Die in diese Richtung gehenden Vorschläge beziehen sich primär auf das US-amerikanische Copyright Law. Die Vorschläge zu „algorithmic fair use“ und zu „black box tinkering“ wurden oben diskutiert.²⁵ Ein weiteres von *Elkin-Koren* in Bezug auf die Regulierung von Meinungsäußerungen und Hassrede sowie Urheberrechtsschutz auf Online-Plattformen erörtertes Konzept ist das der „contesting algorithms“. Über eine wiederum automatisierte Prüfung jeder Entscheidung eines automatisierten Filtermechanismus, in die Aspekte des öffentlichen Interesses wie das Recht auf Wahrnehmung urheberrechtlicher Schranken oder freie Meinungsäußerung, einprogrammiert wurden, soll danach eine gegnerische Position eingeführt werden.²⁶ Eine „Public AI“ soll so vor jeder Entfernung eines Inhalts ebenfalls eine Bewertung des Inhalts vornehmen.²⁷ Bei einer Diskrepanz der Entscheidungen der beiden automatisierten Systeme soll ein Online-Dispute-Mechanismus oder eine menschliche Entscheidung herbeigeführt werden.²⁸

²⁴ Im Beispiel des Urheberrechts steht generell zur Debatte, ob nicht größere strukturelle Änderungen notwendig sind. Hierzu *Metzger*, ZUM 2018, 233 (241 f.); *Leistner/Metzger*, IIC 2017, 381 (383 f.); ausführlich *Kreutzer*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, 2008, 397 ff. Gleichzeitig kann die bewusste Einräumung der Möglichkeit für Nutzer, technische Barrieren zur Rechtsverletzung abzustellen auch zu Akzeptanz führen, dies ist allerdings spekulativ.

²⁵ Unter Kapitel 3, III. 2. c).

²⁶ *Elkin-Koren*, Big Data & Society 2020, 1 (8).

²⁷ *Elkin-Koren*, Big Data & Society 2020, 1 (8).

²⁸ *Elkin-Koren*, Big Data & Society 2020, 1 (8).

Nach *Hildebrandt* müsse das Recht, um in Zukunft Bestand zu haben, Legal Protection by Design (LPbD) in sich aufnehmen.²⁹ Das von *Hildebrandt* entwickelte System der LPbD ist eine Methode, die sicherstellen soll, dass technische Normativität mit dem geltenden Recht übereinstimmt, es eine Möglichkeit gibt sich dieser zu widersetzen und eine gerichtliche Überprüfung möglich ist. Diese Aspekte sollen LPbD von „techno-regulation“ unterscheiden.³⁰

Die Übereinstimmung mit dem geltenden Recht, die Möglichkeit sich der Technologie zu widersetzen und die Überprüfbarkeit sollten elementare Bestandteile automatisierter Rechtsdurchsetzung und automatisierten Rechtsschutzes sein. Gerade aufgrund der in dieser Arbeit diskutierten Limitationen von technischen Lösungen muss der Schutz von Nutzern sich aber zuvorderst aus dem Recht ergeben. Fehleranfällige Technologie würde sich in ihrer Unzulänglichkeit auch in der Durchsetzung von Nutzerrechten beschränkt zeigen. Würde Recht fehlerfrei mithilfe hypothetischer perfekter Technologie durchgesetzt, ohne eine Einschränkung von zum Beispiel im Urheberrecht Schrankenvorschriften, bestünde dennoch eine Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten, auch der Freiheit zum Rechtsverstoß.³¹ Eine Unterstützung rechtlicher Wertungen durch Technologie kann der Sicherung des Rechtsschutzes von Nutzern dienen. Eine einen solchen unterstützenden Einsatz von Technologie regelnde Norm findet sich zum Beispiel im Datenschutz in Art. 25 DSGVO, wo Datenschutz durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen, oder prägnanter *privacy by design* und *privacy by default*, geregelt sind. Grundlegend ist aber eine Einigung auf die rechtlichen Rahmenbedingungen dessen, inwieweit und unter welchen Bedingungen automatisierte Rechtsdurchsetzung im Rechtssystem enthalten sein sollte.

V. Rechtsgedanke des Art. 22 DSGVO

Die weitere Untersuchung eines Ausgleichs zwischen automatisierter Rechtsdurchsetzung und der Wahrung der Rechte und Interessen der Nutzer führt wiederum zu Art. 22 DSGVO. Nachdem bereits der sich *de lege lata* aus Art. 22 DSGVO ergebende Rechtsschutz erörtert wurde, wird im Folgenden ausgeführt, inwieweit aus dem Rechtsgedanken des Art. 22 DSGVO weiterführender Schutz zur Sicherung von Freiheitssphären *de lege ferenda* abgeleitet werden kann.

²⁹ *Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, 218.

³⁰ *Hildebrandt*, *Smart Technologies and the End(s) of Law*, 2016, 218.

³¹ Ob bei dem LPbD-System von *Hildebrandt* mit der Möglichkeit, sich dem System zu widersetzen, auch die Möglichkeit zum Rechtsverstoß gemeint ist, bleibt offen. Umsetzbar wäre dies wohl nur über eine Möglichkeit des Abstellen-Könnens des technischen Systems.

Zwar soll die Reichweite des in Art. 22 DSGVO enthaltenen Verbots nicht ausgedehnt werden (1.), doch die normierten Maßnahmen zur Wahrung der Rechte, Freiheiten und berechtigten Interessen können in Fällen automatisierter Rechtsdurchsetzung zu einer Verbesserung der Position der Nutzer führen, wenn eine weite Auslegung des Anwendungsbereichs durch den Gesetzgeber konkretisiert wird (2.). Zu denken ist auch an die Schaffung einer neuen Norm nach dem Vorbild des Art. 22 DSGVO, die auf die Wahrung der Rechte von Nutzern im Zusammenhang mit automatisierter Rechtsdurchsetzung zugeschnitten ist und die systematisch in einem zu schaffenden „Algorithmengesetz“ anzusiedeln wäre (3.).

1. Ausdehnung des Rechtsschutzes, nicht des Verbots

In Anbetracht der Ausgestaltung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO als Verbotstatbestand ist dessen Einschränkung durch die Ausnahmeregeln in Art. 22 Abs. 2 DSGVO, die statt zu einem Verbot zu der Anforderung des in Abs. 3 geregelten Rechtsschutzes führen, von größter Bedeutung. Das Beispiel von Filtertechnologien zur Durchsetzung des Urheberrechts zeigt, dass ein Verbot zwar Nutzer schützen, aber den Urheberrechtsschutz und die Rechtsdurchsetzung erheblich schwächen würde. Ziel einer Regulierung automatisierter Rechtsdurchsetzung de lege ferenda soll gerade nicht ein Verbot, sondern die Wahrung der Rechte der Nutzer im Ausgleich mit einer verhältnismäßigen Rechtsdurchsetzung auch im Digitalen sein.

Wichtig zu erkennen ist bei der Auslegung des Art. 22 DSGVO, dass eine erhebliche Beeinträchtigung auch dann entstehen kann, wenn personenbezogene Daten als Nebenprodukt verarbeitet werden, die eigentliche automatisierte Entscheidung aber aufgrund von der Person selbst unabhängigen Daten stattfindet, wie zum Beispiel im Fall der Rechtsdurchsetzung durch Filtertechnologien. Eine gänzliche Loslösung des Tatbestandes von der Voraussetzung der Verarbeitung personenbezogener Daten würde zu weit führen und ist im Rahmen des Anwendungsbereiches der DSGVO auch nicht möglich. Ohne jegliche Verarbeitung personenbezogener Daten, sei es auch nur in Metadaten, wäre die Entscheidung nicht nur in ihrer Grundlage, sondern auch in ihrem Bezugspunkt nicht mehr auf eine Person rückführbar. Der subjektive Charakter der Auswirkungen der Entscheidung entfele damit. Zudem ist die weite Auslegung der ähnlich erheblichen Beeinträchtigung von Bedeutung für die Schutzwirkung der Norm.

Die weite Auslegung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist aber nur unter Einbeziehung der Ausnahmen in Art. 22 Abs. 2 DSGVO das Mittel der Wahl. Aufgrund der weitreichenden Ausnahmen ist der Anwendungsbereich des Verbots in Art. 22 DSGVO relativ gering, während Rechtsschutz über Art. 22 Abs. 3 DSGVO geboten wird. Wichtig ist das Verbot in seiner symbolischen Wirkung als warnende

Aufrechterhaltung eines Bewusstseins hinsichtlich der Gefahren automatisierter Entscheidungen für das Individuum. Das Verbot auszudehnen ist zur Erfüllung des warnenden Zwecks weder notwendig noch förderlich bei der Eruiierung eines angemessenen Interessenausgleichs und einer verhältnismäßigen Rechtsdurchsetzung. Daher müssen die Ausnahmen von dem Verbot weit und dabei klar geregelt sein, denn die Grundnorm selbst soll im Sinne des Schutzes der Nutzer über Art. 22 Abs. 3 DSGVO weit ausgelegt werden.

2. Klarstellung des Rechtsschutzes durch den Gesetzgeber

Der Rechtsgedanke des Art. 22 DSGVO und insbesondere die in Abs. 3 geregelten Maßnahmen greifen eben jene vagen Bedenken in Bezug auf den Schutz von Nutzern gegenüber automatisierter Rechtsdurchsetzung auf. Der Datenethikkommission ist aber zuzustimmen, dass noch Klarstellungsbedarf in Bezug auf Art. 22 DSGVO und die sich darauf beziehenden Normen besteht.³² Sicherer Rechtsschutz kann letztendlich nur durch die Gesetzgebung erlangt werden.

a) Schutzmaßnahmen nach Art. 22 Abs. 3 DSGVO

Die aktuell in Fällen aufgrund einer Ausnahme nicht verbotener automatisierter Entscheidungen im Sinne des Art. 22 Abs. 1 DSGVO vorgesehenen Maßnahmen zur Wahrung der Rechte, Freiheiten und berechtigten Interessen der Nutzer können auch in Situationen automatisierter Rechtsdurchsetzung Schutz bieten. Automatisierte Rechtsdurchsetzung darf nur dann stattfinden, wenn gesichert ist, dass die Interessen der betroffenen Person gewahrt werden.

Art. 22 Abs. 3 DSGVO sieht zunächst das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen vor. Zudem besteht ein Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts. Hierdurch soll gewährleistet werden, dass die jeweiligen Umstände des Einzelfalls Eingang in die Entscheidung finden können.³³ Weiter muss ein Recht auf Anfechtung der Entscheidung bestehen.

Diese Rechte werden in dem Beispiel der Urheberrechtsdurchsetzung nach Art. 17 Abs. 4 DSM-RL über die in Art. 17 Abs. 9 DSM-RL vorgeschriebenen Maßnahmen gewahrt.³⁴ Das Beispiel des Art. 17 DSM-RL zeigt, dass den spezifischen Gefahren automatisierter Rechtsdurchsetzung jeweils begegnet werden kann.

³² Datenethikkommission, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 192.

³³ Buchner, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 31.

³⁴ Hierzu oben unter Kapitel 5, I.

Damit dieser Rechtsschutz auf einer übergeordneten Ebene für jede Form automatisierter Rechtsdurchsetzung gilt, muss der Anwendungsbereich der Grundnorm des Art. 22 DSGVO im Sinne der obigen Erörterungen klargestellt werden. Nur so können die Schutzmaßnahmen, die bei den weiten Ausnahmen von dem Verbot greifen, umfassenden und rechtssicheren Schutz bieten. Bei Beeinträchtigungen, die kein Verbot rechtfertigen, wird so eine Wahrung der Subjekthaftigkeit des Individuums mit Handlungs- und Entscheidungsspielraum gewährleistet.

b) Klarstellung der Informationspflichten nach Artt. 13, 14 DSGVO

Da der Betroffene sich seiner Rechte bewusst sein muss, um diese ausüben zu können, bedarf es Informationspflichten.³⁵ Entsprechende Informationspflichten werden in Artt. 13, 14 DSGVO statuiert. Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO regelt, dass der für die Datenverarbeitung Verantwortliche die betroffene Person zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten darüber, dass die Entscheidungsfindung automatisiert vorstattengeht, informieren muss. Die Information muss nach dem Wortlaut der Norm *de lege lata* zur Verfügung gestellt werden, wenn dies notwendig ist, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten. Dabei ist umstritten, ob die Information nur dann zur Verfügung gestellt werden muss, wenn diese für eine faire und transparente Verarbeitung notwendig ist oder ob diesem Kriterium keine eigenständige Bedeutung zukommt.³⁶ An dieser Stelle ist *de lege ferenda* eine Klarstellung des Wortlauts dahingehend zu befürworten, dass die entsprechende Information stets gegeben werden muss. Bei Profiling müssen nach Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO auch aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik, Tragweite und Auswirkung der Verarbeitung gegeben werden. Der Schutzbereich dieser Regelung ist dahingehend ausbaufähig, dass die Infor-

³⁵ *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 22, Rn. 32; *Knyrim*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 13, Rn. 1; *Martini*, JZ 2017, 1017 (1020). Hierzu auch Erwägungsgrund 60 der DSGVO.

³⁶ So sieht *Knyrim*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 13, Rn. 29 f. es nur dann als notwendig an die entsprechenden Informationen zu geben, wenn diese für eine faire und transparente Verarbeitung notwendig sind. Andere Stimmen in der Literatur halten es auch bei den Informationen nach Art. 13 Abs. 2 DSGVO für notwendig diese stets zu geben, ein Unterschied zwischen Abs. 1 und Abs. 2 könne nicht gemacht werden, so *Bäcker*, in: Kühling/Buchner, Datenschutz-Grundverordnung/BDSG, Art. 13, Rn. 20; *Franck*, in: Gola, Datenschutz-Grundverordnung, Art. 13, Rn. 6. Nach *Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260, Rn. 23 besteht kein Unterschied zwischen Abs. 1 und Abs. 2. Alle Informationen seien stets zu erteilen. Nach *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, Art. 13, Rn. 22 kommt dem Kriterium der Notwendigkeit für eine faire und transparente Verarbeitung zwar ein eigenständiger Gehalt zu, für die praktischen Handhabung wird aber geraten stets alle Informationen zu geben.

mation über die Logik der Entscheidungsfindung in allen Fällen der automatisierten Entscheidungsfindung zur Verfügung gestellt werden muss. Bei Profiling sollen nach Erwägungsgrund 71 Absatz 2 geeignete mathematische und statistische Verfahren eingesetzt werden, die die Korrektur von Fehlern ermöglichen. Auch hier scheint es naheliegend, dieses Erfordernis nicht nur auf das Profiling anzuwenden. Über den Verantwortlichen und den Zweck der Verarbeitung muss nach Art. 13 Abs. 1 DSGVO ohnehin immer informiert werden.

Sprachlich uneindeutig ist, wie weit die Pflicht desjenigen gehen soll, der ein solches technisches System einsetzt. In Art. 13 Abs. 1 und 2 DSGVO werden unterschiedliche Formulierungen für die Pflicht, die den Verarbeiter trifft genutzt und wiederum eine andere Formulierung in Art. 12 Abs. 1 DSGVO. In 13 Abs. 1 DSGVO lautet die Formulierung „teilt ... mit“, in 13 Abs. 2 DSGVO „stellt... zur Verfügung“ und in Art. 12 Abs. 1 DSGVO „übermitteln“. Ein Vergleich mit der englischen Version, in der in allen drei Fällen „provide“, und der französischen Version, in der in allen drei Fällen „fournir“ verwendet wird, zeigt aber, dass in allen drei Fällen aktives Handeln verlangt ist.³⁷ Präzisiert wird die Pflicht in Erwägungsgrund 58, wo als Beispiel die Bereitstellung über eine Webseite genannt wird. Um der Komplexität der Sachverhalte zu begegnen, regelt Art. 12 DSGVO, dass all dies in „präziser, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form“ dargelegt werden muss. Nach Art. 15 DSGVO besteht ein entsprechendes Auskunftsrecht, das unabhängig von den Informationspflichten besteht, Bedeutung aber vor allem dann erlangt, wenn die Informationspflichten nicht beachtet werden.³⁸ Entsprechende Informationspflichten gelten nach Art. 14 DSGVO wenn die personenbezogenen Daten nicht bei der betroffenen Person erhoben wurden. Die genannten notwendigen Klarstellungen und Ausweitungen der Informationspflichten sollten auch hier jeweils erfolgen.

c) Fazit

Wird der Schutzbereich des Art. 22 DSGVO so weit klargestellt, dass zum einen die darin vorgesehenen Schutzmaßnahmen unter Einbeziehung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit auf jede Form der automatisierten Rechtsdurchsetzung anwendbar sind, und zum anderen auch innerhalb der Schutzmaßnahmen eine Konkretisierung stattfindet, so wäre dem Schutz von Nutzern in weitem Maße Rechnung getragen.

³⁷ *Knyrim*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 13, Rn. 21.

³⁸ *Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, DS-GVO, Art. 15, Rn. 5.

3. Schaffung einer neuen Norm nach dem Vorbild des Art. 22 DSGVO

Bereits Art. 22 DSGVO geht über einen rein datenschutzrechtlichen Zweck hinaus. Daher ist auch an eine Normierung außerhalb der DSGVO zu denken. Eine vor den nicht klar greifbaren Gefahren der automatisierten Rechtsdurchsetzung schützende Regelung außerhalb der DSGVO scheint systematisch passender. Dies korrespondiert mit der von unterschiedlichen Seiten vorgebrachten Forderung nach einem „Algorithmengesetz“.³⁹

Die inhaltliche Gestaltung einer Norm zur Wahrung der Rechte von Nutzern in Situationen, in denen diese sich Systemen zur automatisierten Rechtsdurchsetzung gegenübersehen, kann weitestgehend an die oben ausgeführten Schutzmechanismen im Rahmen des Art. 22 DSGVO angelehnt werden. Dabei sollte es sich nicht um eine Verbotsnorm, sondern um eine Schutznorm handeln. Neben den oben im Zusammenhang des Art. 22 DSGVO aufgeführten Schutzmechanismen wäre entscheidender Inhalt einer solchen Norm eine Definition automatisierter Rechtsdurchsetzung, damit der Anwendungsbereich klar konturiert wird. Diese wäre zu definieren als der Einsatz von Computerprogrammen, die rechtlich unzulässiges Verhalten vollständig automatisiert faktisch verhindern.⁴⁰

Die in Art. 22 Abs. 3 DSGVO geregelten Schutzmaßnahmen begegnen über das Erfordernis der Möglichkeit der Darlegung des eigenen Standpunkts und der Anfechtung der Entscheidung den als Gefahren automatisierter Entscheidungen gesehenen Aspekten. Über die aktive Komponente der Darlegung des eigenen Standpunkts und der Anfechtung kann das Individuum sich aus der passiven Objektrolle heraus bewegen und ist der Entscheidung des automatisierten Systems nicht ausgeliefert, zumal Art. 22 Abs. 3 DSGVO auch das Recht auf Eingreifen einer Person statuiert. Deutlich gemacht werden müsste, dass es sich bei den im

³⁹ *Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission, https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf, 180, 186; *SVRV*, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, 67. In einem anderen Zusammenhang stellt das BVerfG, Urt. v. 19.05.2020 – 1 BvR 2835/17, NJW 2020, 2235 (Rn. 192) fest: „Zu regeln ist gegebenenfalls auch der Einsatz von Algorithmen, insbesondere die Sicherstellung ihrer grundsätzlichen Nachvollziehbarkeit in Blick auf eine unabhängige Kontrolle.“. Mit dem DSA-E setzt die EU sich zum Ziel den Schutz der Rechte von Nutzern im Online-Bereich zu stärken, wie sich aus Art. 1 Nr. 2 lit. b DSA-E ergibt. Die Maßnahmen dienen diesem Schutz, beziehen sich aber größtenteils nicht auf die hier spezifisch untersuchte Gefahrenlage, die sich aus der automatisierten Durchsetzung von Rechtsnormen für individuelle Nutzer ergibt. Vielsprechend scheint aber die Pflicht nach Art. 12 Nr. 1 DSA-E, die Nutzer über jegliche Einschränkung bei der Nutzung des Dienstes – auch durch algorithmische Systeme – zu informieren (siehe in diesem Kapitel unter II). Primär zielt der DSA-E aber auf die verbesserte Durchsetzung von Regeln im Online-Bereich ab, um einen funktionierenden Binnenmarkt zu sichern. Hierzu *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184.

⁴⁰ Wie oben unter Kapitel 1, I. ausgeführt.

Zusammenhang mit Art. 22 DSGVO bestehenden und in eine potentielle neu zu schaffende Norm zu übertragenden Informationspflichten um eine aktive Pflicht desjenigen, der solche Systeme einsetzt, handelt. Zudem sollte die Information zu Beginn, zum Beispiel im Anmeldeprozess auf einer Internetseite, die Systeme zur automatisierten Rechtsdurchsetzung einsetzt, bereitgestellt werden. In einer Norm, deren Rechtsfolge nicht ein Verbot, sondern eine Ausdehnung des Rechtsschutzes für den Betroffenen darstellt, ist von Ausnahmen abzusehen. Entscheidend ist, dass der niedrigschwellige Zugang zu solchen Schutzmechanismen sichergestellt ist.

Die Schutzmechanismen sind grundsätzlich geeignet, die Handlungsmöglichkeiten des Einzelnen, der sich einem technischen System zur automatisierten Rechtsdurchsetzung gegenübersehen zu erweitern, so dass er diesem nicht mehr passiv ausgeliefert ist. Was eine solche Norm nicht leisten kann, ist vorab Schutz vor einer Determinierung der Handlungsmöglichkeiten zu bieten. Bei einer entsprechenden Norm handelt es sich um eine Regelung, die zwar vorab Einfluss auf den Entwicklungsprozess automatisierter Mechanismen zur Rechtsdurchsetzung hat beziehungsweise haben soll und so mittelbar Auswirkungen auf die Handlungsfreiheit der betroffenen Nutzer entfaltet; unmittelbare Auswirkungen für Nutzer ergeben sich aber erst über die Rechtsschutzmechanismen. Rechtsschutzmechanismen sind per se nachgelagert und können keine unmittelbare Wirkung auf individuelle Freiheiten entfalten. Ob das diffuse Unbehagen, das in Bezug auf automatisierte Entscheidungen durch Art. 22 DSGVO ausgeräumt werden soll und das sich auch auf automatisierte Rechtsdurchsetzung bezieht, durch diese Rechtsschutzmechanismen ausgeräumt werden kann, mag dahinstehen. Sicherlich kann aber dem Nutzer als Rechtssubjekt begegnet werden, indem diesem Informationen zur Verfügung gestellt werden, er seinen Standpunkt darlegen, die Entscheidung anfechten und eine Beurteilung durch einen Menschen herbeiführen kann.

VI. Zwischenergebnis

Ziel war es herauszuarbeiten, welche Art von Schutz notwendig ist, um Freiheits-sphären für Nutzer, die sich Systemen zur automatisierten Rechtsdurchsetzung gegenübersehen, zu sichern. Gelingen kann dies über die Schaffung eines übergeordneten Schutzkonzepts, das Grundregeln aufstellt, an denen sich automatisierte Rechtsdurchsetzung grundsätzlich orientieren soll. Da eine Vielzahl von Situationen denkbar ist, muss jede Form der Rechtsdurchsetzung den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, so dass die Bedeutung der durchzusetzenden Rechtsnorm mit den individuellen Rechten, Rechtsgütern und Interessen des

Nutzern abgewogen werden kann. Nutzern, die sich Systemen zur automatisierten Rechtsdurchsetzung gegenübersehen, Informationen hierüber bereitzustellen, ist Grundlage jeder weiteren Form des Rechtsschutzes, reicht aber für sich nicht aus, um die Interessen der Nutzer zu wahren. Starker Schutz kann über die Eröffnung eines Wahlrechts für Nutzer erreicht werden, indem diesen die Möglichkeit des Abstellen-Könnens solcher Systeme gegeben wird. Eine solche Lösung würde entschieden auf die Eigenverantwortlichkeit von Nutzern bauen. Dies kann funktionieren, wenn eine Norm eine breite Akzeptanz genießt. Gerade in der Durchsetzung des Urheberrechts würde die Möglichkeit des Abstellen-Könnens einem effektiven Schutz wohl zuwiderlaufen.

Diskutierte Systeme zum automatisierten Schutz der Rechte und Freiheiten von Nutzern stoßen an dieselben mitunter technischen, aber auch rechtlichen Grenzen wie automatisierte Systeme zur Rechtsdurchsetzung. Eine gangbare Lösung kann über Art. 22 DSGVO gefunden werden. Notwendig dafür ist aber eine Konkretisierung des Anwendungsbereichs der Norm. Weiterhin zu denken ist an die Schaffung einer neuen Norm, die weitestgehend an Art. 22 DSGVO angelehnt ist, aber nicht in der DSGVO geregelt ist, sondern in einem zu schaffenden „Algorithmengesetz“, das automatisierte Rechtsdurchsetzung explizit nennt und definiert. Folge der Annahme automatisierter Rechtsdurchsetzung nach der Definition wäre nicht ein Verbot, sondern konkretisierte Maßnahmen zur Wahrung der Rechte, Freiheiten und berechtigten Interessen der Nutzer, die den in Art. 22 Abs. 3 DSGVO geregelten Maßnahmen weitestgehend entsprechen.

Den unter Kapitel 2, IV. herausgearbeiteten Gesichtspunkten der Akzeptanz der durchzusetzenden Rechtsnorm, der Durchsetzungsebene als eine für einen angemessenen Interessenausgleich notwendige Zwischenebene sowie der Bedeutung des Rechtsverstoßes als Antrieb für Rechtsfortbildung kann durch die vorgestellten Möglichkeiten zur Sicherung von Freiheitssphären *de lege ferenda* unterschiedlich gut begegnet werden. Insbesondere eine Freiheit zum Rechtsverstoß wird nur durch die Möglichkeit zum Abstellen-Können technischer Systeme eröffnet. Über eine konkretisierte Version des Art. 22 DSGVO oder eine auf automatisierte Rechtsdurchsetzung zugeschnittene Norm, die an Art. 22 DSGVO angelehnt ist, kann dieser Mangel an Freiheit nicht ausgeglichen werden. Doch kann das Rechtssystem diesen Mangel verkraften, wenn über eine solche Norm sichergestellt ist, dass Nutzer nicht zum Objekt automatisierter Rechtsdurchsetzung werden und sie in ihrer Individualität und Subjektqualität über die Möglichkeit, aktiv ihre Rechte wahrzunehmen geschützt sind. Die diskutierten Mechanismen können somit Antworten des Rechts auf den Steuerungscharakter der Technologie bieten.

Zusammenfassung der Erkenntnisse

I. Ausgangsfrage und wesentlicher Beitrag

Die Forschungsfrage lag darin, herauszufinden, ob und woraus sich eine Problematik ergibt, wenn Recht vollständig automatisiert durchgesetzt wird. Darauf aufbauend sollten Möglichkeiten des rechtlichen Schutzes für Nutzer vor einer Beeinträchtigung durch den Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung ermittelt werden.

Eine rechtliche Verankerung einer durch automatisierte Systeme zur Rechtsdurchsetzung beeinträchtigten Freiheit zum Rechtsverstoß konnte nicht positiv festgestellt werden, doch kann sie als gleichsam im Rechtssystem mitgedacht erkannt werden. Diese Feststellung ist über das betrachtete Beispiel des Einsatzes von Filtertechnologien im Urheberrecht hinaus relevant. Daher wurde in der Erarbeitung von Antworten des Rechts auf neue Möglichkeiten der automatisierten Rechtsdurchsetzung der Fokus auf funktionalitätsunabhängige Mechanismen gelegt. Diese sollen unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unabhängig von einer bestimmten Technologie oder einem bestimmten Regelungsbereich greifen, um Rechte von Nutzern bei dem Einsatz von Technologie zur Rechtsdurchsetzung zu wahren.

II. Zu den Erkenntnissen der Untersuchung im Einzelnen

1. Kapitel 1

Automatisierte Rechtsdurchsetzung wird im ersten Kapitel als der Einsatz von Computerprogrammen, die rechtlich unzulässiges Verhalten vollständig automatisiert faktisch verhindern, definiert. Die Voraussetzung der automatisierten Durchsetzung des Regelungsgehalts von Rechtsnormen ist, dass dieser dem Computer „verständlich“ gemacht werden muss. Natürliche Sprache muss also in maschinenlesbare Sprache übertragen – formalisiert – werden.

Im Laufe der Geschichte wurden unterschiedliche Ansätze zur Präzisierung und auch zur Formalisierung von Rechtsnormen vorgenommen, stets in der Er-

wartung, neue Erkenntnisse zu gewinnen. Angefangen im 17. Jahrhundert bei *Leibniz* ging die Entwicklung über den Formalismus des 19. Jahrhunderts hin zu der Diskussion einer natürlichen – in Abgrenzung zu einer formalen – Logik als Methode zur Weiterentwicklung des Rechts im 20. Jahrhundert.

Formalisierung basiert auf den Regeln der formalen Logik. Diesem System sind bestimmte Grenzen inhärent, die sich bei einer Übertragung auf das Rechtssystem verschiedenartig äußern. Natürliche Sprache kann ausgelegt werden und ist über unbestimmte Rechtsbegriffe offen, eine unbestimmte Vielzahl von Sachverhalten zu umfassen. Gleichzeitig ist sie durch Definitionen präzise. Formale Sprache ist dagegen notwendigerweise eindeutig, wodurch sie die Dynamik des Rechts nicht einfangen kann. Zudem ist das eindeutige Prinzip des logischen Syllogismus nicht ohne weiteres auf die juristische Subsumtion übertragbar. Der juristische Sprachgebrauch enthält zwar viele folgernde Begrifflichkeiten, diese sind jedoch im jeweiligen Bedeutungszusammenhang zu sehen. Zudem liegt ein wesentlicher Schwerpunkt der rechtlichen Beurteilung in der Prämissenbildung, also im Vorfeld der Schlussfolgerung. Das kommunikative Element der juristischen Sprache fällt bei einer formalisierten Sprache weg. Allein aufgrund der Rechtsstaatlichkeit müssen Rechtstexte entweder in der Ausgangsform oder in einer Rückübersetzung stets auch in natürlicher Sprache zugänglich sein. Die Abwägung kollidierender Grundrechte kann kaum formalisiert werden.

Ungeachtet dieser Grenzen werden seit Anfang der 1980er Jahre ausgehend von den Bestrebungen zur Formalisierung des Rechts Versuche unternommen, die technische Entwicklung in das Recht Einzug halten zu lassen. Daraus ist ein Forschungsbereich entstanden: die Rechtsinformatik. In dem Bereich der automatisierten Rechtsanwendung wurden von Seiten der Wissenschaft verschiedene Prototypen entwickelt, die meisten jedoch ohne über das Prototypstadium hinauszukommen. Ende der 1990er Jahre, mit der Entwicklung sogenannter smart contracts, bildete sich Interesse an der Idee automatisierter Vertragsdurchsetzung. Seitens der Wirtschaft begannen sogenannte LegalTech Unternehmen, unterschiedliche Fragen der Rechtsprüfung und -anwendung zu automatisieren. Ein bedeutsamer Anwendungsfall von Automatisierung im Recht sind Filtertechnologien. Diese wenden Recht nicht nur an, sondern setzen die jeweilige Regelung durch technische Infrastruktur durch. Dabei setzen sich die Grenzen der Formalisierung als Grenzen der Automatisierung von Recht fort.

2. Kapitel 2

Das zweite Kapitel widmet sich dem Steuerungscharakter von Technologie. Das Recht ist zu wesentlichen Teilen darauf angewiesen, freiwillig befolgt zu werden. Im Rechtsstaat besteht die Möglichkeit der Durchsetzung von Recht mittels

Zwangsmaßnahmen, ein großer Teil an Rechtsverletzungen wird aber nicht gehandelt. Dies lässt die Geltung des Rechts unberührt. Technologie dagegen wirkt faktisch zwingend auf die Nutzer der technischen Infrastruktur. Vergleichbar mit der Beschaffenheit eines Gegenstandes oder einer architektonischen Gestaltung ermöglicht sie bestimmte Handlungsweisen und schließt andere aus, wodurch sich die Möglichkeit der Regulierung im technisch geprägten digitalen Umfeld intensiviert. Regulierung über technische Infrastruktur führt zu einer Rechtsdurchsetzung *ex ante* über *self-executing* oder *self-enforcing* Regeln. Im anglo-amerikanischen Rechtsraum werden solche technischen Infrastrukturen auch als *impossibility structures* bezeichnet. Die nunmehr bestehende technische Möglichkeit faktisch zwingend wirkender Rechtsdurchsetzung im Digitalen zum Beispiel über Filtertechnologien wirft neue rechtliche Fragen auf.

Die Untersuchung aus verfassungsrechtlicher, rechtsökonomischer und rechtstheoretischer Perspektive erfolgte unter der Prämisse der technisch einwandfreien Funktionalität solcher Infrastruktur. Aus verfassungsrechtlicher Sicht konnte herausgearbeitet werden, dass der durch eine Rechtsnorm angeordnete technische Ausschluss der Möglichkeit, gegen eine Rechtsnorm zu verstoßen, zwar einen Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit oder auch eines der speziellen Freiheitsrechte darstellt, dieser aber über die jeweilige durchgesetzte Rechtsnorm gerechtfertigt ist. Der Eingriff ist dann nicht mehr verhältnismäßig, wenn sich über eine Kumulation solcher Eingriffe aufgrund einer technischen Durchsetzung einer Vielzahl von Rechtsnormen eine umfassende Determinierung von Handlungsmöglichkeiten ergibt. Wird durch den Einsatz der Technologie in ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht eingegriffen, so ist dieses in praktische Konkordanz mit dem durchgesetzten Recht zu bringen. Auf der Ebene der Grundrechte der EU GR-Charta ist ein Eingriff in Freiheitsrechte durch automatisierte Systeme zur Rechtsdurchsetzung dann gerechtfertigt, wenn Mechanismen zum Schutz der Rechte und Interessen der betroffenen Nutzer vorgesehen sind und die kollidierenden Grundrechtspositionen in einen Ausgleich gebracht werden. Auch hier muss die Grenze der Verhältnismäßigkeit in einer umfassenden Determinierung von Aktionsspielräumen gesehen werden. Aus dem Demokratieprinzip kann eine Freiheit des Einzelnen zum Rechtsverstoß nicht gefolgert werden, da dieses gerade auf eine kollektive Willensbildung ausgerichtet ist. Die kollektive Willensbildung spiegelt sich in der Möglichkeit des Einzelnen zur Einflussnahme über Wahlen und Abstimmungen wider. Eine genauere Betrachtung des Rechtsstaatsprinzips ergibt, dass dieses keineswegs verlangt, dass Recht vollständig vollstreckt werden muss. Gleichzeitig kann das Rechtsstaatsprinzip nicht in der Weise interpretiert werden, dass Rechtsnormen nicht vollstreckt werden sollen. Vielmehr besteht eine Zwischenebene zwischen Rechtsnorm und Vollstreckung, die sich im Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zeigt.

Eine wohlfahrtsökonomische Betrachtung des Einsatzes rechtsdurchsetzender Technologie führt zu keinem klaren Ergebnis. Basierend auf dem Effizienzkriterium von *Kaldor/Hicks* erfolgt eine Gegenüberstellung der Kosten und Nutzen. Bei dem Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung kann auf der Nutzenseite die Verhinderung des Schadens für die durch die Rechtsnorm geschützte Partei sowie Rechtssicherheit in die Waagschale geworfen werden. Auf der Kostenseite entstehen zunächst die Kosten des Einsatzes solcher Systeme. Zudem sind die Auswirkungen, die der Einsatz automatisierter Systeme auf die Vertragspartner desjenigen hat, der die Systeme einsetzt, zu beachten. Diese werden in ihrem Handlungsspielraum eingeschränkt, wodurch bestehende Machtasymmetrien verstärkt werden. Die einzelnen Faktoren können aber nicht mit eindeutigem Ergebnis aneinander gemessen werden. Festgestellt werden können lediglich die Parameter der Beurteilung, die im Einzelfall jeweils unterschiedlich ausfallen.

Das Paradoxon eines Rechts zum Rechtsverstoß konnte zwar auch aus einer rechtstheoretischen Betrachtung nicht aufgelöst werden, jedoch konnte die Betrachtung aus der Perspektive der Rechtstheorie zu der Feststellung der immanenten Bedeutung einer faktischen Freiheit zum Rechtsverstoß beitragen. Zunächst konnte festgestellt werden, dass die Akzeptanz von Rechtsnormen die Möglichkeit der Entscheidung *für* die Normbefolgung voraussetzt, was wiederum die Möglichkeit der Entscheidung *gegen* die Normbefolgung impliziert. Das Ziel des angemessenen Interessenausgleichs, der im Privatrecht im Zentrum steht, kann nur über den Zwischschritt des materiellen Rechts und der Vollstreckung erreicht werden. Verschmelzen diese Ebenen, so ändert sich der Gehalt der Norm, da die zweite Wertungsebene wegfällt. Nicht zuletzt stellt der Rechtsverstoß einen Antrieb für eine stetige Anpassung des Rechts an gesellschaftliche und soziale Veränderungen durch die Rechtsprechung aber auch durch Gesetzesänderungen dar, woraus sich auch die Flexibilität des Rechts ergibt.

3. Kapitel 3

Eine genauere Untersuchung von Rechtsdurchsetzung durch Technologie am Beispiel des Einsatzes von Filtertechnologien zur Durchsetzung des Urheberrechts setzt eine Definition der betroffenen Parteien, eine Erläuterung der technischen Grundlagen sowie die Darlegung der technischen Grenzen von Filtertechnologien voraus. Festzuhalten ist, dass bei der Verwendung des Begriffs Plattform keine Vermischung der technischen Infrastruktur mit der dahinterstehenden juristischen Person, dem Plattformbetreiber – oder hier synonym verwendet Diensteanbieter –, der eigene Interessen mit dem Betrieb der Infrastruktur verfolgt, stattfinden darf. Von den Wirkungen von Filtertechnologien zur Urheber-

rechtsdurchsetzung betroffen sind primär Nutzer, die in ihrer Funktion als Verbraucher Plattformen aktiv nutzen und selbst Inhalte bereitstellen.

Filtertechnologien können in ihrer einfachsten Form zur Filterung von Dateinamen eingesetzt werden. Solche reinen Wortfilter sind allerdings sehr fehleranfällig und können leicht umgangen werden. Bessere Ergebnisse liefern Technologien, die einen Abgleich des Inhalts der entsprechenden Datei mit den Inhalten einer Datenbank von Referenzdateien vornimmt. Auch diese Technologien können durch kaum wahrnehmbare Änderungen der Dateien oder durch eine Simulation eines anderen Zugriffsortes umgangen werden, doch erfordert dies deutlich bessere Kenntnis der Technologie. Ob die Grundarchitektur der eingesetzten Filtersysteme auf einem vorab programmierten Algorithmus basiert oder ob ein lernendes System eingesetzt wird, das über eingespeiste Datensätze Muster erkennt und hieraus ein Algorithmus für die Filterung entsteht, macht aus Sicht der Nutzer keinen signifikanten Unterschied.

Die Grenzen automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung werden dann deutlich, wenn die Differenziertheit gewachsener Rechtsnormen, die in einem System zueinanderstehen, das Kollisionen durch Abwägung löst und hierdurch über abstrakt-generelle Normen im Idealfall zu einer dem Einzelfall gerecht werdenden Entscheidung kommt, auf formalisierte Computerprogramme stößt. Die Begrenzung der Technologie äußert sich in einem Wegfall von Unbestimmtheit und dadurch auch von Flexibilität der umgesetzten Rechtsnorm. Dieser Wegfall von kontextabhängiger Flexibilität zeigt sich bei der Betrachtung des Urheberrechts besonders im Zusammenhang mit den Schranken des Urheberrechts, die häufig eine Abwägung voraussetzen. Eine ausgewogene Interessenwahrung setzt gerade im urheberrechtlichen Kontext in vielen Fällen flexible Regeln voraus. Die DSM-RL fordert explizit die Wahrung der Rechte der Nutzer über die Einführung bindender Schrankenregelungen. Gleichzeitig ist fragwürdig, inwieweit es bei einer automatisierten Rechtsdurchsetzung durchführbar ist, diese Schranken zu wahren. Weiter als in der deutschen Rechtswissenschaft ist die Forschung diesbezüglich in der US-amerikanischen Rechtswissenschaft, wo sich die Problematik aufgrund der sehr offenen fair use-Regel im US-Copyright Act verschärft stellt. Dort wird festgestellt, dass eine Automatisierung der Schutzrechte der Nutzer eine inhaltliche Veränderung dieser Rechte bedeutet. Aus der Notwendigkeit zumindest teilweise automatisierter Urheberrechtsdurchsetzung im digitalen Kontext bei gleichzeitiger Begrenzung durch die Technologie ergibt sich vorliegend die Forderung nach einem Schutz der Nutzer durch das Recht.

4. Kapitel 4

Kapitel 4 ist der Rolle von Filtertechnologien als Element im Rechtsverhältnis zwischen Diensteanbietern, Rechteinhabern und Nutzern gewidmet. Zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern bestehen zu großen Teilen Kooperationsverträge sowie sogenannte Monetarisierungsvereinbarungen. Das bislang stark durch die Rechtsprechung geprägte Rechtsverhältnis wird nunmehr auch über Art. 17 der DSM-RL ausgestaltet. Zwischen Diensteanbietern und Nutzern besteht ein synallagmatisches Vertragsverhältnis. Die dogmatische Einordnung dessen ist umstritten. Eine klare Zuordnung zu einem der Vertragstypen des BGB kann auch nach der Verabschiedung der DI-RL nicht stattfinden, das Vertragsverhältnis enthält Elemente unterschiedlicher Vertragstypen. Schlussendlich ist die Zuordnung aber zumindest für die hiesige Betrachtung kaum von Bedeutung, zumal die Ausgestaltung der sich aus dem Vertrag im Detail ergebenden Pflichten über die jeweiligen AGB stattfindet. Dabei ist zu beachten, dass es sich zu meist, in jedem Fall in den hier betrachteten Fällen, um Verbraucherverträge, auf die als solche deutsches Recht anwendbar ist, handelt. Zwischen Nutzern von Plattformen und den Inhabern der Rechte geteilter Werke besteht in der Regel kein Vertragsverhältnis, gegebenenfalls kann aber ein gesetzliches Schuldverhältnis bestehen.

Im Rechtsverhältnis zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern spielen technische Möglichkeiten eine nicht zu unterschätzende Rolle. Dabei ist als Ausgangspunkt vom Grundsatz der Technologieneutralität auszugehen. Im Vordergrund zu stehen haben stets die Wertungen des Rechts, die insbesondere bei der Rechtsdurchsetzung der Maßstab sein müssen. Dennoch stellen die Möglichkeiten der Technologie einen Faktor in der rechtlichen Wertung dar. Die Möglichkeit von Technologie, Verhalten zu steuern, beeinflusst die Dimensionen, in denen Regulierung gedacht werden kann. Recht kann daher kaum mehr unabhängig von den technischen Möglichkeiten gesehen werden. Dies wird in der Rechtsprechung des BGH und des OLG Hamburg zum Einsatz von Filtertechnologien aber auch in Art. 17 der DSM-RL sowie dessen Umsetzung im UrhDaG deutlich. Nach der Rechtsprechung des BGH haben Diensteanbieter bislang als Störer für Rechtsverletzungen ihrer Nutzer gehaftet. Aus den Entscheidungen Internet-Versteigerung I-III, Alone in the Dark, File-Hosting-Dienst und Filmverleih gegen Rapidshare sowie der YouTube-Entscheidung des OLG Hamburg geht hervor, dass die Rechtsprechung sich in den Pflichten, die sie als für Diensteanbieter zumutbar erachtet, an den technischen Möglichkeiten, also den Möglichkeiten von Filtertechnologien orientiert. Faktisch legt die Rechtsprechung Diensteanbietern eine Pflicht zum Einsatz von Filtertechnologien auf, ohne dies allerdings explizit zu konkretisieren. Die technischen Möglichkeiten bedingen

also die rechtliche Verpflichtung. Der EuGH setzt in den Entscheidungen *Scarlet/SABAM* und *SABAM/Netlog* einem umfassenden Einsatz von Filtertechnologien Grenzen, indem er die Bedeutung der Grundrechte der Nutzer, insbesondere des Schutzes personenbezogener Daten sowie der Informationsfreiheit hervorhebt. In den jeweiligen konkreten Fällen stellt der EuGH einen Verstoß gegen das sich aus Art. 15 der E-Commerce-RL ergebende Verbot, eine Pflicht zur allgemeinen Überwachung aufzuerlegen, fest. Die Entscheidungen *YouTube* und *Uploaded* entfalten Bedeutung für die Zukunft über die Betonung des urheberrechtlichen Interessenausgleichs durch den EuGH. Das Verhältnis der durch den EuGH gezogenen Grenzen zu der durch die deutsche Rechtsprechung auferlegten faktischen Pflicht zum Einsatz von Filtertechnologien ist nicht ganz klar konturiert. Begrüßenswert ist ein Verständnis der Urteile dahingehend, dass der Einsatz von Filtertechnologien die ausreichende Wahrung der Grundrechte der Nutzer voraussetzt, was stets eine Interessenabwägung erfordert. Dies führt zu interessengerechteren Ergebnissen als eine klare Grenzziehung.

Auf EU-Ebene wurde mit der Verabschiedung der DSM-RL die unmittelbare Haftung von Diensteanbietern für über die jeweilige Plattform begangene Rechtsverletzungen durch Nutzer nunmehr geregelt. Hintergrund dieser Regelung zur Haftung ist, dass Diensteanbieter diejenigen sind, denen eine Verhinderung der Rechtsverletzung unter Einsatz des geringsten Aufwandes möglich ist, gleichzeitig die Diensteanbieter aber auch diejenigen sind, die von einem Hochladen möglichst vieler Inhalte durch ihre Nutzer profitieren. Die Verabschiedung der Richtlinie war von einer erhitzten öffentlichen Debatte begleitet. Stein des Anstoßes war Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL, wo geregelt ist, dass Diensteanbieter dann nicht haften, wenn sie alle Anstrengungen unternommen haben, um die Verfügbarkeit von Werken, für die keine Lizenz erworben werden konnte, zu verhindern, was gemeinhin als eine Pflicht zum Einsatz von Filtertechnologien gesehen wird. Eine Besonderheit des Art. 17 DSM-RL ist die explizite Statuierung von Schrankenregelungen als durchsetzbare Rechte der Nutzer. Umgesetzt wird Art. 17 Abs. 4 DSM-RL durch das UrhDaG. Im UrhDaG sind über Art. 17 DSM-RL hinausgehende Regelungen vorgesehen, die darauf abzielen, die Möglichkeit der Wahrnehmung von Schranken durch Nutzer bereits im Vorfeld zu sichern.

5. Kapitel 5

Kapitel 5 befasst sich mit dem Rechtsschutz für Nutzer *de lege lata*. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL statuiert ein subjektives Recht auf die Möglichkeit, die Freiheiten aus den im Kontext der Nutzung von digitalen Plattformen relevanten Schrankenregelungen wahrzunehmen. Dies stellt, insbesondere in Verbindung

mit den im UrhDaG vorgesehenen Mechanismen für einen präventiven Schutz der Nutzerrechte, bevor es überhaupt zu einer Filterung kommt, eine Stärkung der Rechtsposition der Nutzer dar. Entscheidend für einen effektiven Rechtsschutz ist zudem, dass die Mechanismen zur nachgelagerten Durchsetzung der bestehenden Rechte niedrigschwellig angelegt sind. Vertragliche put-back-Ansprüche spielen im urheberrechtlichen Kontext eine eher untergeordnete Rolle. Die in Art. 17 Abs. 9 DSM-RL vorgesehene Überprüfung von Beschwerden durch einen Menschen ist grundsätzlich zu begrüßen, da automatisierte Filtersysteme nicht zu Abwägungsentscheidungen in der Lage sind. Wirkungsvoller Rechtsschutz ergibt sich aber nur, wenn die Überprüfung eine gewisse Qualität erreicht, mindestens ausreichend Zeit zur Würdigung des Einzelfalls. Außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren können Barrieren für Nutzer, ihre Rechte geltend zu machen, senken. Konstitutiv für die Wirksamkeit solcher Mechanismen ist die Klärung des Streits in kurzer Zeit bei gleichzeitiger angemessener Würdigung des Einzelfalls. Auf nationaler Ebene sind die Rechtsbehelfsmechanismen in den §§ 13 bis 17 UrhDaG umgesetzt. Bei den genannten Mechanismen ist zu bedenken, dass es sich um nachgelagerte Mechanismen handelt, um mit dem Recht nicht in Einklang stehende Einschränkungen der Freiheiten von Nutzern auszugleichen. Ein solcher nachgelagerter Rechtsschutz ist aber nicht äquivalent zu einer von vornherein bestehenden Freiheit.

Nach der Rechtsprechung des BGH steht die Fehleranfälligkeit von Filtertechnologien nicht deren Geeignetheit zum Zwecke der Durchsetzung von Urheberrechten entgegen. Dem Schutz der Rechte der Nutzer kommt demnach eine untergeordnete Rolle zu. Die Rechtsprechung des EuGH sieht demgegenüber beim Einsatz von Filtertechnologien die Notwendigkeit der Einbeziehung der Grundrechte von Nutzern in die Abwägung.

Schutz vor den unabhängig von Fehlleistungen der Technologie bestehenden Gefahren automatisierter Rechtsdurchsetzung ergibt sich bei einer weiten Auslegung der Norm aus Art. 22 DSGVO über die in Art. 22 Abs. 3 DSGVO vorgesehenen Rechtsschutzmaßnahmen, die gewahrt werden müssen, wenn eine der Ausnahmen des Verbots greift. Das untersuchte Beispiel der Filtertechnologien kann bei einer weiten Auslegung unter den Anwendungsbereich der Norm subsumiert werden, was auch Sinn und Zweck der Norm entspricht.

Aus dem Verbot der Pflicht zur allgemeinen Überwachung nach Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-RL und § 7 Abs. 2 TMG ergibt sich lediglich mittelbar Schutz für Nutzer, indem die Zumutbarkeit der Filterpflicht für Diensteanbieter begrenzt wird.

6. Kapitel 6

Kapitel 6 geht auf Regulierungsmöglichkeiten *de lege ferenda* zur Sicherung von Freiheitssphären für Nutzer ein. Die unterschiedlichen Situationen, in denen Systeme zur automatisierten Rechtsdurchsetzung eingesetzt werden können, variieren grundlegend in dem Maß der Gefährdung von Rechten und Interessen von Nutzern. Soll ein übergeordneter technologieneutraler Schutz für Nutzer normiert werden, so ist elementar, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in jeder Einzelsituation zu wahren.

Die Information der Nutzer über den Einsatz des automatisierten Systems zur Rechtsdurchsetzung sowie über die konkret durchgesetzte Rechtsnorm und die eingesetzte Technologie muss die Grundlage des Rechtsschutzes darstellen.

Eine Möglichkeit für Nutzer zu fordern, ein automatisiertes System zur Rechtsdurchsetzung in den Einstellungen des jeweiligen Dienstes abzustellen, würde zu einem hohen Schutzniveau führen. Gleichzeitig würde dabei die Nutzung der Technologie als Werkzeug zur Unterstützung bei der Rechtsbefolgung angeboten. Effektive Rechtsdurchsetzung kann dann aber nur in Bereichen erzielt werden, in denen die Rechtsnorm ohnehin große Akzeptanz erfährt.

Gerade die das US-amerikanische Copyright Law betreffenden Vorschläge zu der Implementierung eines automatisierten Schutzes der Rechte von Nutzern stößt wiederum auf die auch in Bezug auf automatisierte Rechtsdurchsetzung diskutierten Grenzen technischer und auch rechtlicher Natur.

Aus dem Rechtsgedanken des Art. 22 DSGVO zum Schutz von Individuen gegenüber automatisierten Entscheidungen können Grundsätze für den rechtlichen Schutz von Nutzern auch gegenüber automatisierter Rechtsdurchsetzung abgeleitet werden. Soll sich der rechtliche Schutz unmittelbar aus Art. 22 DSGVO ergeben, so muss der Anwendungsbereich der Norm konkretisiert und ausgeweitet werden. Die Ausweitung soll sich nicht auf das Verbot, sondern auf den Rechtsschutz, der bei Greifen einer der Ausnahmen des Tatbestandes einsetzt, beziehen. Zunächst müsste der Anwendungsbereich der Grundnorm klargestellt werden. Geregelt werden müsste insbesondere, dass diese auch dann greifen soll, wenn personenbezogene Daten zwar verarbeitet werden, aber nicht Grundlage der Entscheidung (im Beispiel des Urheberrechts über die Blockierung eines Inhalts) sind. Zudem müsste eine weite Auslegung der Beeinträchtigung in ähnlicher Weise wie eine rechtliche Wirkung klargestellt werden. Hinsichtlich der Informationspflichten muss klargestellt werden, dass die entsprechenden Informationen dem Nutzer proaktiv stets zur Verfügung gestellt werden müssen.

Eine neue Norm nach dem Vorbild des Art. 22 DSGVO zu schaffen, die in einem von unterschiedlichen Seiten geforderten Algorithmengesetz verortet wird, kann die Stellung von Nutzern als Rechtssubjekte stärken. Eine solche Norm

müsste neben den Schutzmechanismen des Art. 22 DSGVO eine Definition automatisierter Rechtsdurchsetzung enthalten. Zudem müssten die enthaltenen Rechtsschutzmechanismen niedrigschwellig zugänglich sein. Die Auswirkungen einer solchen Regelung auf individuelle Freiheiten für Nutzer sind dabei eher mittelbar. Die Nutzer sind so jedenfalls nicht mehr passiv einem automatisierten System zur Rechtsdurchsetzung unterworfen und ihre Rechte und Interessen werden gewahrt.

III. Abschließend

Gezeigt werden konnten Möglichkeiten eines übergeordneten Rechtsschutzes zugunsten von Nutzern gegenüber einer Beeinträchtigung ihrer Interessen, wenn sie sich Systemen zur automatisierten Rechtsdurchsetzung gegenübersehen. In Bezug auf das untersuchte Beispiel des Einsatzes von Filtertechnologien zur Urheberrechtsdurchsetzung muss das Ziel jeder Regulierung die Schaffung eines „angemessenen Ausgleich[s] der Interessen von Urhebern, Nutzern und Plattformen“¹ sein. Das Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs lässt sich auf jeglichen Einsatz automatisierter Systeme zur Rechtsdurchsetzung übertragen. Die Arbeit konnte erste Vorschläge für einen über das Beispiel des Urheberrechts hinausgehenden übergeordneten Rechtsschutz machen.

Fest steht, dass die Bedeutung des Themas in Zukunft wachsen wird. Mit der weiteren technischen Entwicklung wird die praktische Umsetzbarkeit der Rechtsdurchsetzung durch Technologie den rechtlichen Diskurs diesbezüglich weiter anstoßen. Die aus automatisierter Rechtsdurchsetzung erwachsenden Einschränkungen und Gefahren für Nutzer oszillieren teilweise zwischen einem diffusen Unbehagen und schwer in konkreten Rechtsschutzmechanismen auffangbaren Bedenken rechtstheoretischer Natur. Diese werden sich mehr und mehr konturieren und rechtlich einordnen lassen, wenn die praktische Relevanz automatisierter Rechtsdurchsetzung wächst. Ob Rechtsdurchsetzung durch Technologie ein Modell für die Zukunft ist oder sein kann, wird sich zeigen und hängt gerade maßgeblich von dem Schutz der Nutzer und der Wahrung von deren Freiheitssphären ab. Nur wenn die Wahrung der Rechte und Interessen von Nutzern gesichert ist, sollten die durch den Einsatz von Technologie eröffneten Möglichkeiten, das „Können“ von Computern, auch zur Rechtsdurchsetzung genutzt werden.

¹ *Leistner/Metzger*, Frankfurter Allgemeine Zeitung 04.01.2017, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html?service=printPreview>.

Literaturverzeichnis

Sämtliche Internetseiten wurden zuletzt am 19.10.2021 aufgerufen.

- Adrian, Axel*, Der Richterautomat ist möglich – Semantik ist nur eine Illusion, *Rechtstheorie* 2017, S. 77–121.
- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter* (Hrsg.), *BeckOK Urheberrecht*, 31. Aufl. 2021.
- Allen, Jason G.*, Wrapped and Stacked: „Smart Contracts“ and the Interaction of Natural and Formal Language, *ERCL* 2018, S. 307–343.
- Allen, Layman E.*, Symbolic Logic: A Razor-Edged Tool for Drafting and Interpreting Legal Documents, *The Yale Law Journal* 1957, S. 833–879.
- ALMasri, Mohannad/Tan, KianLam/Berrut, Catherine/Chevallet, Jean-Pierre/Mulhem, Philippe*, Integrating Semantic Term Relations into Information Retrieval Systems Based on Language Models, in: Jaafar, Azizah/Mohamad Ali, Nazlena/Azman Mohd Noah, Shahrul/Smeaton, Alan F./Bruza, Peter/Abu Bakar, Zainab/Nursuriati, Jamil/Sembok, Tengku Mohd Tengku (Hrsg.), *Information Retrieval Technology. 10th Asia Information Retrieval Societies Conference, AIRS 2014, Kuching, Malaysia, December 3–5, 2014. Proceedings*, Cham 2014, S. 136–147.
- Angelopoulos, Christina/Brady, Annabel/Hins, Wouter/Hugenholtz, Bernt/Leerssen, Patrick/Margoni, Thomas/McGonagle, Tarlach/van Daalen, Ot/van Hoboken, Joris*, Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation 2015, abrufbar unter: <http://eprints.gla.ac.uk/149704/1/149704.pdf>.
- Arlt, Christian*, *Digital Rights Management Systeme. Der Einsatz technischer Maßnahmen zum Schutz digitaler Inhalte*, München 2006.
- Armgarth, Matthias*, Das rechtslogische System der „Doctrina conditionum“ von Gottfried Wilhelm Leibniz, Marburg 2001.
- ders.*, Leibniz as a Legal Scholar, in: Bergh, Rena van den/Kleyn, Duard/Niekerk, Gardiol van/Pichonnaz, Pascal/Thomas, Philip (Hrsg.), *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of Laurens Winkel*, Part 1, Pretoria 2014, S. 27–38.
- Artikel-29-Datenschutzgruppe*, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, WP 251 6.2.2018.
- dies.*, Leitlinien für Transparenz gemäß der Verordnung 2016/679, WP 260 11.04.2018.
- Aswad, Jem*, YouTube Strikes New Deals With Universal and Sony Music 19.12.2017, abrufbar unter: <https://variety.com/2017/biz/news/universal-music-group-and-youtube-reach-new-global-multi-year-agreement-1202644815/>.
- Bachmann, Gregor*, *Private Ordnung. Grundlagen ziviler Regelsetzung*, Tübingen 2006.
- Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael* (Hrsg.), *BeckOK VwVfG*, 52. Aufl. 2020.
- Baier, Claus-Michael*, Normanalyse mittels formaler Methoden, in: Ringwald, Gerhard (Hrsg.), *Perspektiven formaler Methoden im Recht*, Tübingen 1986, S. 145–162.

- Bamberger, Kenneth A.*, Technologies of Compliance: Risk and Regulation in a Digital Age, *Tex. L. Rev.* 2010, S. 669–740.
- Beaucamp, Sophie/Schrör, Simon*, Tipping Points in der Rechtsentwicklung: Zur Situation von Low-Budget Musiker:innen im Spannungsfeld von Verwertungsinteresse und Drittnutzung, in: Schrör, Simon/Fischer, Georg/Beaucamp, Sophie/Hondros, Konstantin (Hrsg.), *Tipping Points. Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts*, Baden-Baden 2020, S. 175–198.
- Beck, Susanne*, Die Diffusion strafrechtlicher Verantwortlichkeit durch Digitalisierung und Lernende Systeme, *ZIS* 2020, S. 41–50.
- Beckedahl, Markus*, 36 Tage gegen DRM, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2008/35-tage-gegen-drm/>.
- Becker, Maximilian*, Ein modernes Urheberrecht. Von der Nutzungshandlung zum digitalen Lebensbereich, *ZGE/IPJ* 2016, S. 239–288.
- ders.*, Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. „Upload-Filter“ und technische Rechtsdurchsetzung, *ZUM* 2019, S. 636–648.
- ders.*, Automatisierte Rechtsdurchsetzung im Umsetzungsentwurf zu Art. 17 DSM-RL. Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, *ZUM* 2020, S. 681–691.
- Berberich, Matthias*, Der Content „gehört“ nicht Facebook! AGB-Kontrolle der Rechteeinräumung an nutzergenerierten Inhalten, *MMR* 2010, S. 736–741.
- Bernzen, Anna/Kehrberger, Roman F.*, Rechtsdurchsetzung durch Informationstechnik, *Rechtswissenschaft* 2019, S. 374–407.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang*, § 24 Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 3. Aufl., Heidelberg 2003.
- Bräutigam, Peter*, Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken. Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, *MMR* 2012, S. 635–641.
- Brosch, Marlene*, Alles neu macht das ... Facebook Oversight Board? Kritische Untersuchung der geplanten Rechtsschutzmöglichkeiten für Plattformnutzer gegen Moderationsentscheidungen, *MMR* 2021, S. 26–29.
- Brownsword, Roger*, Neither East Nor West, Is Mid-West Best?, *SCRIPT-ed* 2006, S. 15–33.
- Bryde, Brun-Otto*, Die Effektivität von Recht als Rechtsproblem. Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 17. März 1993, Berlin 1993.
- Bull, Hans Peter*, Über die rechtliche Einbindung der Technik. Juristische Antworten auf Fragen der Technikentwicklung, *Der Staat* 2019, S. 57–100.
- Bund, Elmar*, Einführung in die Rechtsinformatik, Berlin/Heidelberg 1991.
- Burk, Dan L.*, Algorithmic Fair Use, *U. Chi. L. Rev.* 2019, S. 283–307.
- Cano, Pedro/Battle, Eloi/Kalker, Ton/Haitsma, Jaap*, A review of algorithms for audio fingerprinting, in: IEEE (Hrsg.), *Proceedings of 2002 IEEE Workshop on Multimedia Signal Processing*, Piscataway 2003, S. 169–173.
- Coase, Ronald H.*, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 1960, S. 1–44.
- Conrad, Albrecht/Nolte, Georg*, Schrankenbestimmungen im Anwendungsbereich des UrhDaG. Zu viele Rollen der Diensteanbieter beim urheberrechtlichen Interessenausgleich?, *ZUM* 2021, S. 111–124.
- Dammann, Ulrich*, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung. Erwarteter Fortschritt, Schwächen und überraschende Innovationen, *ZD* 2016, S. 307–314.

- Datenethikkommission*, Gutachten der Datenethikkommission Oktober 2019, abrufbar unter: https://datenethikkommission.de/wp-content/uploads/191028_DEK_Gutachten_bf.pdf.
- Desoi, Monika*, Intelligente Videoüberwachung. Rechtliche Bewertung und rechtsgemäße Gestaltung, Wiesbaden 2017.
- Dijck, José van/Poell, Thomas/Waal, Martijn de*, The platform society. Public values in a connective world, New York 2018.
- Dreier, Horst* (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar. Band II, 3. Aufl., Tübingen 2015.
- Dreier, Thomas*, Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771–779.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.), Urheberrechtsgesetz. Verwertungsgesellschaftenrecht, Kunsturhebergesetz: Kommentar, 6. Aufl., München 2018.
- Durkheim, Émile*, Kriminalität als normales Phänomen, in: Klimke, Daniela/Legnaro, Aldo (Hrsg.), Kriminologische Grundlagentexte, Wiesbaden 2016, S. 25–31.
- Efroni, Zohar/Metzger, Jakob/Mischau, Lena/Schirmbeck, Marie*, Privacy Icons. A Risk-Based Approach to Visualisation of Data Processing, EDPL 2019, S. 352–366.
- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin* (Hrsg.), DS-GVO. Datenschutz-Grundverordnung: Kommentar, 2. Aufl., München 2018.
- Eidenmüller, Horst*, Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., Tübingen 2015.
- Eifert, Martin*, Electronic Government. Das Recht der elektronischen Verwaltung, Baden-Baden 2006.
- Elkin-Koren, Niva*, Fair Use by Design, UCLA L. Rev. 2017, S. 1082–1101.
- dies.*, Contesting algorithms: Restoring the public interest in content filtering by artificial intelligence, Big Data & Society 2020, S. 1–13.
- Engel, Martin*, Erwidern: Algorithmisierte Rechtsfindung als juristische Arbeitshilfe, JZ 2014, S. 1096–1100.
- Engert, Andreas*, Private Normsetzungsmacht: Die Standardisierung von Regelungen im Markt als Form der Fremdbestimmung, Rechtswissenschaft 2014, S. 301–340.
- ders.*, Digitale Plattformen, AcP 2018, S. 304–376.
- Engisch, Karl*, Review: Der Mythos vom Recht und seine empirischen Grundlagen, eine Untersuchung über die erfahrungsmäßigen Grundlagen der Rechtsvorstellung, zugleich ein Beitrag zur Begründung einer wissenschaftlichen Rechtslehre von Theodor Jaehner, AcP 1936, S. 116–121.
- ders.*, Logische Studien zur Gesetzesanwendung, Heidelberg 1943.
- Eppig, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), BeckOK Grundgesetz, 46. Aufl. 2021.
- Ernst, Christian*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, S. 1026–1036.
- Ertel, Wolfgang*, Grundkurs Künstliche Intelligenz. Eine praxisorientierte Einführung, 4. Aufl., Wiesbaden 2016.
- Fateh-Moghadam, Bijan*, Innovationsverantwortung im Strafrecht: Zwischen strict liability, Fahrlässigkeit und erlaubtem Risiko – Zugleich ein Beitrag zur Digitalisierung des Strafrechts, ZSTW 2019, S. 863–887.
- Felsner, Karol/Rendl, Jakob*, Recht und seine Überschreitbarkeit, in: Kipker, Dennis-Kenji/Kopp, Matthias/Wiersbinski, Peter/Marschelke, Jan-Chistoph/Hamann, Falk/Weichold, Martin (Hrsg.), Der normative Druck des Faktischen. Technologische Herausforderungen des Rechts und seine Fundierung in sozialer Praxis, Stuttgart 2019, S. 15–32.

- Fiedler, Herbert*, Zur logischen Konzeption der Rechtsfindung aus dem Gesetz und ihren historischen Bedingungen, in: Klug, Ulrich (Hrsg.), Gesetzgebungstheorie, juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht. Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig, Berlin 1978.
- ders.*, Computers and legal reasoning: Developments in Germany, *Comput Hum* 1991, S. 141–147.
- Frey, Dieter/Rudolph, Carl M.*, Das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – ein Überblick. Das neue Regelungswerk für Diensteanbieter und seine Stärken und Schwächen, *MMR* 2021, S. 671–677.
- Frey, Harald*, Anmerkung zu OLG Hamburg: Störerhaftung von YouTube, *MMR* 2016, S. 275–277.
- Fridrich, J./Goljan, M.*, Robust hash functions for digital watermarking, in: ITCC (Hrsg.), International Conference on Information Technology, Coding and Computing. Proceedings, Los Alamitos 2000, S. 178–183.
- Fromm, Friedrich Karl/Nordemann, Wilhelm* (Hrsg.), Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zum Verlagsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 12. Aufl., Stuttgart 2018.
- Gerpott, Torsten J.*, Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie: Fluch oder Segen?, *MMR* 2019, S. 420–426.
- Gersdorf, Hubertus/Paal, Boris* (Hrsg.), BeckOK Informations- und Medienrecht, 31. Aufl. 2021.
- Gielen, Nico/Tiessen, Marten*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, S. 639–646.
- Gillespie, Tarleton*, The Politics of „Platforms“, *New Media & Society* 2010, S. 1–19.
- ders.*, Die Plattform Metapher – Revisited 24.8.2017, abrufbar unter: <https://www.hiig.de/die-plattform-metapher-revisited/>.
- ders.*, Content moderation, AI, and the question of scale, *Big Data & Society* 2020, S. 1–5.
- Gola, Peter* (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl., München 2018.
- Grabitz, Eberhard*, Freiheit und Verfassungsrecht. Kritische Untersuchungen zur Dogmatik und Theorie der Freiheitsrechte, 1. Aufl., Tübingen 1976.
- Grosse Ruse-Khan, Henning*, Automated Copyright Enforcement Online: From Blocking to Monetization of User-Generated Content, University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 8 2020.
- Habermas, Jürgen*, Politische Beteiligung – ein Wert „an sich“?, in: Ackermann, Paul (Hrsg.), Politische Sozialisation, Wiesbaden 1974, S. 138–142.
- ders.*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats, Berlin 1992.
- Hähnchen, Susanne/Bommel, Robert*, Digitalisierung und Rechtsanwendung, *JZ* 2018, S. 334–340.
- Haitsma, Jaap/Kalker, Ton*, A Highly Robust Audio Fingerprinting System With an Efficient Search Strategy, *Journal of New Music Research* 2003, S. 211–221.
- Hanfeld, Michael*, Ob der Deal fair ist, wird sich zeigen, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* 02.11.2016, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/youtube-zahlt-gemawas-die-einigung-bedeutet-14507780.html>.
- Hartzog, Woodrow/Conti, Gregory/Nelson, John/Shay, Lisa A.*, Inefficiently Automated Law Enforcement, *Mich. State Law Rev.* 2015, S. 1763–1796.
- Hastedt, Alisa*, Neue Herausforderungen für das Recht durch „Impossibility Structures“? „Nothing works. Let’s make crime impossible.“, *MMR* 2021, S. 696–700.

- Heckmann, Dirk*, Das Paradoxon von individueller Freiheit und öffentlicher Sicherheit. Elemente einer Theorie komplementärer Risikoverteilung in Raum und Zeit, in: Alexy, Robert (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung. Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. bis 25. September 2004 in Kiel, Stuttgart 2005, S. 183–201.
- Heldt, Amélie*, Anmerkung zu KG: Datenschutz und AGB-widrige Kontovoreinstellungen von Facebook, MMR 2020, S. 242–243.
- dies.*, Identifying Tipping Point(s): Wendepunkte bei der Verabschiedung der DSM-Richtlinie, in: Schrör, Simon/Fischer, Georg/Beaucamp, Sophie/Hondros, Konstantin (Hrsg.), Tipping Points. Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, Baden-Baden 2020, S. 21–34.
- Hellgardt, Alexander*, Regulierung und Privatrecht. Staatliche Verhaltenssteuerung mittels Privatrecht und ihre Bedeutung für Rechtswissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsanwendung, Tübingen 2016.
- Hennemann, Moritz*, Urheberrechtsdurchsetzung und Internet, 1. Aufl., Baden-Baden 2011.
- Herberger, Maximilian*, Dogmatik. Zur Geschichte von Begriff und Methode in Medizin und Jurisprudenz, Frankfurt am Main 1981.
- Hildebrandt, Mireille*, Smart Technologies and the End(s) of Law. Novel Entanglements of Law and Technology, Cheltenham, UK/Northampton, USA 2016.
- dies.*, Saved by Design? The Case of Legal Protection by Design, Nanoethics 2017, S. 307–311.
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd* (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 56. Aufl., München 2021.
- Hofferbert, Boris*, YouTube-Sperre umgehen – so klappt's 31.5.2018, abrufbar unter: <https://www.heise.de/tipps-tricks/YouTube-Sperre-umgehen-so-klappt-s-4061516.html#YouTube-Sperre%20per%20VPN%20umgehen>.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang*, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen – Eine Herausforderung für das Recht, AöR 2017, S. 1–42.
- dies.*, Die digitale Transformation als Herausforderung für die Legitimation rechtlicher Entscheidungen, in: Unger, Sebastian/Ungern-Sternberg, Antje von (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, Tübingen 2019, S. 129–160.
- Hofmann, Franz*, Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht? Rechtsdurchsetzung in der EU zwischen Kompensation und Bestrafung, GRUR 2018, S. 21–29.
- dies.*, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht. „Much Ado About Nothing“?, ZUM 2019, S. 617–627.
- dies.*, Fünfzehn Thesen zur Plattformhaftung nach Art. 17 DSM-RL, GRUR 2019, S. 1219–1229.
- dies.*, Grundsatz der Technikneutralität im Urheberrecht? Zugleich Gedanken zu einem more technological approach, ZGE/IPJ 2019, S. 482–512.
- dies.*, Smart contracts und Overenforcement. Analytische Überlegungen zum Verhältnis von Rechtszuweisung und Rechtsdurchsetzung, in: Fries, Martin/Paal, Boris P. (Hrsg.), Smart Contracts, Tübingen 2019, S. 125–140.
- dies.*, Das neue Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, NJW 2021, S. 1905–1910.
- Holznagel, Bernd*, Verfassungsrechtliche Fragen der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL. Vortrag auf der 7. Urheberrechtskonferenz der Initiative Urheberrecht am 11.11.2019 in Berlin, ZUM 2020, S. 1–7.

- Holznagel, Daniel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung. Untersuchung des rechtlichen Rahmens von Verfahren zur Beanstandung und Verteidigung von Inhalten im Internet, insbesondere auf „User Generated Content“-Plattformen, Tübingen 2013.
- ders.*, Put-back-Ansprüche gegen soziale Netzwerke: Quo Vadis? Bestandsaufnahme nach BVerfG v. 22.5.2019 zu „Der III. Weg“ (1 BvQ 42/19) und vor dem Hintergrund aktueller rechtspolitischer Forderungen, CR 2019, S. 518–526.
- Hondros, Konstantin*, Onlinemärkte für Musiksamples und die Fixierung flüchtiger Waren, in: Schrör, Simon/Fischer, Georg/Beaucamp, Sophie/Hondros, Konstantin (Hrsg.), Tipping Points. Interdisziplinäre Zugänge zu neuen Fragen des Urheberrechts, Baden-Baden 2020, S. 155–174.
- Hoyningen-Huene, Paul*, Formale Logik. Eine philosophische Einführung, Stuttgart 1998.
- Hugenholtz, P. Bernt*, Flexible Copyright: Can the EU Author's Rights Accommodate Fair Use?, in: Okediji, Ruth L. (Hrsg.), Copyright law in an age of limitations and exceptions, New York 2017, S. 275–291.
- Hurtz, Simon*, Dieser Protest könnte Artikel 13 stoppen, Süddeutsche Zeitung 23.03.2019, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/digital/upload-filter-urheberrecht-demo-berlin-1.4380487>.
- Jarass, Lorenz W.* (Hrsg.), Charta der Grundrechte der EU, 4. Aufl., München 2021.
- Jellinek, Georg*, System der subjektiven öffentlichen Rechte. Herausgegeben und eingeleitet von Jens Kersten, Nachdruck der Auflage von 1905, 2. Aufl., Tübingen 2011.
- Jobst, Simon*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, S. 11–16.
- Joerden, Jan*, Logik im Recht. Grundlagen und Anwendungsbeispiele, 3. Aufl., Berlin/Heidelberg 2018.
- ders.*, Deontische Logik, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Stuttgart 2021, S. 253–257.
- ders.*, Logik und Recht, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Stuttgart 2021, S. 240–243.
- Joerges, Bernward*, Do Politics Have Artefacts?, Social Studies of Science 1999, S. 411–431.
- Kaesling, Katharina*, Die EU-Urheberrechtsnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586–591.
- Kalbhenn, Jan Christopher/Hemmer-Halswick, Maximilian*, EU-weite Vorgaben für die Content-Moderation in sozialen Netzwerken, ZUM 2021, S. 184–194.
- Kastl, Graziana*, Automatisierung im Internet. Urheber- und äusserungsrechtliche Implikationen, 1. Aufl., Baden-Baden 2016.
- dies.*, Filter – Fluch oder Segen? Möglichkeiten und Grenzen von Filtertechnologien zur Verhinderung von Rechtsverletzungen, GRUR 2016, S. 671–678.
- Kaufmann, Arthur*, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., München 1997.
- Kelsen, Hans*, Was ist juristischer Positivismus?, JZ 1965, S. 465–469.
- Kilian, Wolfgang*, Mathematische Logik und Recht, DB 1971, S. 273–277.
- Kindl, Johann*, Verträge über digitale Inhalte. Vertragsnatur und geschuldete Leistung, in: Kindl, Johann/Arroyo Vendrell, Tatiana/Gsell, Beate (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, Baden-Baden 2018, S. 63–84.
- Klar, Manuel*, Der Rechtsrahmen des Datenschutzrechts für Visualisierungen des öffentlichen Raums. Ein taugliches Konzept zum Schutz der Betroffeneninteressen?, MMR 2012, S. 788–795.
- Kleiner, Krystyna*, Die urheberrechtliche Wirksamkeit von Nutzungsbedingungen sozialer Netzwerke. Eine Analyse anhand des Praxisbeispiels Facebook, 1. Aufl., Baden-Baden 2019.

- Klug, Ulrich*, Juristische Logik, 4. Aufl., Berlin/Heidelberg 1982.
- Knierim, Antonie*, Kumulation von Datensammlungen auf Vorrat. Vorratsdatenspeicherung von TK- und Fluggastdaten und das Verbot umfassender Überwachung, ZD 2011, S. 17–23.
- Koops, Bert-Jaap*, Criteria for Normative Technology, in: Brownsword, Roger/Yeung, Karen (Hrsg.), *Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes*, Oxford 2008, S. 157–174.
- Kotsoglou, Kyriakos N.*, Subsumtionsautomat 2.0. Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, JZ 2014, S. 451–457.
- Kowalewski, Detlef L./Schneeberger, Josef/Wiefel, Susanna*, KOKON-3: Ein prototypisches System zur Wissensbasierten Vertragskonfigurierung, in: Paul, M. (Hrsg.), *GI – 19. Jahrestagung II. Computergestützter Arbeitsplatz München*, 18.–20. Oktober 1989, Berlin/Heidelberg 1989, S. 79–92.
- Krämer, Sybille*, Symbolische Maschinen. Die Idee der Formalisierung in geschichtlichem Abriß, Darmstadt 1988.
- Kranzberg, Melvin*, Technology and History: „Kranzberg’s Laws“, *Technology and Culture* 1986, S. 544–560.
- Kreutzer, Till*, Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen. Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel, Baden-Baden 2008.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt* (Hrsg.), *Datenschutz-Grundverordnung/BDSG. Kommentar*, 3. Aufl., München 2020.
- Kuhlmann, Nico*, Smart Enforcement bei Smart Contracts, in: Fries, Martin/Paal, Boris P. (Hrsg.), *Smart Contracts*, Tübingen 2019, S. 117–124.
- Kumkar, Lea Katharina/Roth-Isigkeit, David*, Erklärungsspflichten bei automatisierten Datenverarbeitungen nach der DSGVO, JZ 2020, S. 277–286.
- Kurz, Constanze*, Zugangsrestriktionen: Internationaler Aktionstag gegen DRM, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2017/zugangsrestriktionen-internationaler-aktionstag-gegen-drm/>.
- Landes, William M./Posner, Richard A.*, An Economic Analysis of Copyright Law, *The Journal of Legal Studies* 1989, S. 325–363.
- dies.*, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, USA 2003.
- Latour, Bruno*, *Der Berliner Schlüssel. Erkundungen eines Liebhabers der Wissenschaften*, Berlin 1996.
- Latzel, Clemens*, *Verhaltenssteuerung, Recht und Privatautonomie*, Berlin/Heidelberg 2020.
- Leistner, Matthias*, Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, ZUM 2012, S. 722–740.
- ders.*, Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren. Referat auf der Konferenz „Die Zukunft des Urheberrechts – 50 Jahre Urheberrecht in Deutschland“ am 1. Dezember 2015 in Berlin, ZUM 2016, S. 580–594.
- ders.*, Der Referentenentwurf zur Umsetzung der DSM-RL und die Theorie vom Sui-generis-Charakter des Art. 17 DSM-RL, ZUM 2020, S. 897–911.
- Leistner, Matthias/Grisse, Karina*, Sperrverfügungen gegen Access-Provider im Rahmen der Störerhaftung (Teil 2), GRUR 2015, S. 105–114.
- Leistner, Matthias/Hansen, Gerd*, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter. Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, S. 479–490.
- Leistner, Matthias/Metzger, Axel*, The EU Copyright Package: A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, S. 381–384.

- dies.*, Wie sich das Problem illegaler Musikknutzung lösen lässt, Frankfurter Allgemeine Zeitung 04.01.2017, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html?service=printPreview>.
- Lennartz, Jannis/Möllers, Christoph*, Vogelfreie Werkteile. Zur unins- und verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der „mutmaßlich erlaubten Nutzung“ im UrhDaG, GRUR 2021, S. 1109–1117.
- Lerche, Peter*, Übermaß und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit, 1. Aufl., Goldbach 1961.
- Lessig, Lawrence*, Code 2.0, New York 2006.
- Lewandowski, Dirk*, Web Information Retrieval. Technologien zur Informationssuche im Internet, Frankfurt am Main 2005.
- Loevinger, Lee*, Jurimetrics. The Next Step Forward, Jurimetrics Journal 1971, S. 3–41.
- Lu, Jian*, Video fingerprinting for copy identification: from research to industry applications, in: SPIE (Hrsg.), Media Forensics and Security XI, 7254. Proceedings 2009, S. 1–15.
- Lucke, Doris*, Akzeptanz. Legitimität in der „Abstimmungsgesellschaft“, Wiesbaden 1995.
- Luhmann, Niklas*, Recht und Automation in der öffentlichen Verwaltung. Eine verwaltungswissenschaftliche Untersuchung, 1. Aufl., Berlin 1966.
- ders.*, Funktion und Folgen formaler Organisation, 3. Aufl., Berlin 1976.
- ders.*, Rechtssoziologie, 3. Aufl., Opladen 1983.
- Mackenrodt, Mark-Oliver*, Technologie statt Vertrag? Sachmangelbegriff, negative Beschaffensvereinbarungen und AGB beim Kauf digitaler Güter, Tübingen 2015.
- Maier, Henrike*, Remixe auf Hosting-Plattformen. Eine urheberrechtliche Untersuchung filmischer Remixe zwischen grundrechtsrelevanten Schranken und Inhaftefiltern, Tübingen 2018.
- Martinez, Salvador/Gérard, Sébastien/Cabot, Jordi*, Robust Hashing for Models, in: Wąsowski, Andrzej (Hrsg.), Proceedings of the 21th ACM/IEEE International Conference on Model Driven Engineering Languages and Systems 2018, S. 312–322.
- Martini, Mario*, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht im Spiegel der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JA 2009, S. 839–845.
- ders.*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, S. 1017–1025.
- Mathis, Klaus*, Effizienz statt Gerechtigkeit? Auf der Suche nach den philosophischen Grundlagen der ökonomischen Analyse des Rechts, 4. Aufl., Berlin 2019.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 94. Aufl., München 2021.
- Mazur, Joseph*, Enlightening Symbols. A Short History of Mathematical Notation and Its Hidden Powers, Princeton 2014.
- McCarty, L. Thorne*, Reflections on „Taxman“: An Experiment in Artificial Intelligence and Legal Reasoning, Harvard Law Review 1977, S. 837–893.
- McIntyre, T.J./Scott, Colin*, Internet Filtering: Rhetoric, Legitimacy, Accountability, in: Brownsword, Roger/Yeung, Karen (Hrsg.), Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes, Oxford 2008, S. 109–124.
- Meder, Stephan*, Rudolf von Jhering und der Aufstand gegen den rechtswissenschaftlichen Formalismus, JZ 2019, S. 689–696.
- Metzger, Axel*, Anmerkung SABAM/Netlog, GRUR 2012, S. 382–385.
- ders.*, Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag, AcP 2016, S. 817–865.
- ders.*, Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven. Keynote auf dem II. ZUM-Symposium „Urheberrecht zwischen den Legislaturperioden – Rückblick und Ausblick“ am 26.1.2018 in München, ZUM 2018, S. 233–242.
- ders.*, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?, JZ 2019, S. 577–586.

- Metzger, Axel/Kreutzer, Till*, Richtlinie zum Urheberrecht in der „Informationsgesellschaft“. Privatkopie trotz technischer Schutzmaßnahmen?, MMR 2002, S. 139–142.
- Metzger, Axel/Pravemann, Timm*, Der Entwurf des UrhDaG als Umsetzung von Art. 17 DSM-RL. Ein gesetzgebungstechnischer Drahtseilakt, ZUM 2021, S. 288–299.
- dies.*, Die finale Version des UrhDaG – Auf die Plätze, filtern, los?, ZUM 2021, S. 755–763.
- Metzger, Axel/Senfileben, Martin*, Comment of the European Copyright Society. Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law, JIPITEC 2020, S. 115–131.
- Mik, Eliza*, The Erosion of Autonomy in Online Consumer Transactions, Law, Innovation and Technology 2016, S. 1–38.
- Mitsdörffer, Sven/Gutfleisch, Ulf*, „Geo-Sperren“ – wenn Videoportale ausländische Nutzer aussperren. Eine urheberrechtliche Betrachtung, MMR 2009, S. 731–735.
- Möllers, Christoph*, Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität, Berlin 2018.
- ders.*, Der missverstandene Rechtsstaat, Vortrag, Preisverleihung Schrader Stiftung, Darmstadt 28.05.2019, <https://www.schader-stiftung.de/themen/demokratie-und-engagement/fokus/verfassung/artikel/demokratie-und-rechtsstaatlichkeit/>.
- Morell, Alexander*, § 3 Nachfrage, Angebot und Märkte, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen. 2. Aufl., Tübingen 2017.
- Morozov, Evgeny*, To save everything, click here. The folly of technological solutionism, New York 2013.
- Muller, Christophe*, YouTube: „No other platform gives as much money back to creators“, The Guardian 28.04.2016, abrufbar unter: <https://www.theguardian.com/music/musicblog/2016/apr/28/youtube-no-other-platform-gives-as-much-money-back-to-creators>.
- Müller-Terpitz*, Filter als Gefahr für die Meinungspluralität? – Verfassungsrechtliche Erwägungen zum Einsatz von Filtertechnologien. Vortrag auf dem Symposium „FILTER(N) oder nicht? Der Einsatz von Filtertechnologien im Urheber- und Medienrecht“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 7.2.2020 in München, ZUM 2020, S. 365–374.
- Mulligan, Christina M.*, Perfect Enforcement Of Law. When To Limit and When To Use Technology, Richmond Journal of Law & Technology 2008, S. 1–49.
- Münchener Kommentar zum BGB*, hrsg. v. Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina/Molkenthin, Claudia
- Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 8. Aufl., München 2018.
 - Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I §§ 241–310, 8. Aufl., München 2019.
 - Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 8. Aufl., München 2019.
 - Band 13: Internationales Privatrecht II, IntWR, Art. 50–253 EGBGB, 8. Aufl., München 2021.
- Münchener Kommentar zur ZPO*, Band 2: 355–945b, hrsg. v. Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang, 6. Aufl., München 2020.
- Nakamoto, Satoshi*, Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System 2008, abrufbar unter: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.
- Neumann, Ulfried*, Juristische Argumentationslehre, Darmstadt 1986.
- ders.*, Juristische Logik, in: Hassemer, Winfried/Neumann, Ulfried/Salinger, Frank (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart. 9. Aufl., Heidelberg 2016, S. 272–290.
- ders.*, Juristische Argumentationstheorie, in: Hilgendorf, Eric/Joerden, Jan C. (Hrsg.), Handbuch Rechtsphilosophie. 2. Aufl., Stuttgart 2021, S. 244–249.

- Nolte, Georg*, Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. „Value-Gap“-Debatte), ZUM 2017, S. 304–312.
- Nordemann, Axel*, Upload Filters and the EU Copyright Reform, IIC 2019, S. 275–277.
- Nordemann, Jan Bernd*, Haftung von Providern im Urheberrecht. Der aktuelle Stand nach dem EuGH-Urt. v. 12.7.2011 C-324/09 – L’Oréal/eBay, GRUR 2011, S. 977–981.
- Ogorek, Regina*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986.
- Ohly, Ansgar*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages Hannover 2014 Bd. I: Gutachten Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt. Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, 1. Aufl., München 2014.
- ders.*, EuGH-Vorlage zur Haftung einer Internetplattform für Urheberrechtsverletzungen – YouTube, GRUR 2018, S. 1139–1141.
- Otte, Gerhard*, Leibniz und die juristische Methode, Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte 1983, S. 1–21.
- Paal, Boris P./Pauly, Daniel A.* (Hrsg.), DS-GVO BDSG, 3. Aufl., München 2021.
- Paschke, Anne*, Digitale Gerichtsöffentlichkeit und Determinierungsgesamtrechnung. Macht automatisierte Rechtsdurchsetzung die dritte Gewalt entbehrlich?, MMR 2019, S. 563–567.
- Pavčnik, Marijan*, Das „Hin- und Herwandern des Blickes“. Zur Natur der Gesetzesanwendung, Rechtstheorie 2008, S. 557–572.
- Peifer, Karl-Nikolaus*, Prüfpflichten für Sharehoster im Rahmen der Störerhaftung („Alone in the Dark“), jurisPR-WettbR 2013, Anm. 1.
- ders.*, Verpflichtung zur Löschung wort-/sinngleicher Äußerungen ist keine durch Art. 15 E-Commerce-Richtlinie verbotene allgemeine Überwachung, GRUR-Prax 2019, S. 534.
- Perel, Mayaan/Elkin-Koren, Niva*, Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement, 19 Stan. Tech. L. Rev. 2016, S. 473–533.
- dies.*, Black Blox Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement, Fla. L. Rev. 2017, S. 181–221.
- Peters, Nils/Schmidt, Jan Hendrik*, Das Ringen um Upload-Filter geht in die 2. Runde, GRUR Int. 2019, S. 1006–1016.
- Petersen, Nils/Towfigh, Emanuel V.*, § 1 Ökonomik in der Rechtswissenschaft, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen. 2. Aufl., Tübingen 2017.
- Peukert, Alexander*, Die Gemeinfreiheit. Begriff, Funktion, Dogmatik, Tübingen 2012.
- Popitz, Heinrich*, Soziale Normen, Archiv. europ. sociol. 1961, S. 185–198.
- Poscher, Ralf*, Wozu Juristen streiten. Eine agonistische Theorie juristischer Meinungsverschiedenheiten, JZ 2013, S. 1–11.
- Potacs, Michael*, Rechtstheorie, 2. Aufl., Wien 2019.
- Pravemann, Timm*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. Eine Analyse der neuen europäischen Haftungsregelung für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, GRUR 2019, S. 783–788.
- Quintais, João/Frosio, Giancarlo/van Gompel, Stef/Hugenholtz, P. Bernt/Husovec, Martin/Jütte, Bernd Justin/Senffleben, Martin*, Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations From European Academics, JIPITEC 2019, S. 276–282.
- Raabe, Oliver/Wacker, Richard/Oberle, Daniel/Baumann, Christian/Funk, Christian*, Recht ex machina. Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, Berlin/Heidelberg 2012.
- Rademacher, Timo*, Predictive Policing im deutschen Polizeirecht, AöR 2017, S. 366–416.

- ders.*, Wenn neue Technologien altes Recht durchsetzen: Dürfen wir es unmöglich machen, rechtswidrig zu handeln?, JZ 2019, S. 702–710.
- ders.*, Vom rechtlichen Wert des Zufalls in der KI-Gesellschaft. Oder: Von einem Kampf, den wir nicht gewinnen dürfen., Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 18.11.2019.
- Ratschow, Eckart*, Rechtswissenschaft und formale Logik, 1. Aufl., Baden-Baden 1998.
- Rauer, Nils*, Prüf- und Filterpflichten von Host-Providern, GRUR-Prax 2013, S. 93.
- Rehbinder, Manfred*, Rechtssoziologie, 8. Aufl., München 2019.
- Reidenberg, Joel*, Lex Informatica. The Formulation of Information Policy Rules Through Technology, Tex. L. Rev. 1998, S. 553–593.
- Reuter, Markus*, Demos gegen Uploadfilter: Alle Zahlen, alle Städte, Netzpolitik.org 23.03.2019, abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2019/demos-gegen-uploadfilter-alle-zahlen-alle-staedte/>.
- Rich, Michael L.*, Should We Make Crime Impossible, Harvard Journal of Law & Public Policy 2013, S. 795–848.
- Ring, Stephan*, Computergestützte Rechtsfindungssysteme. Voraussetzungen, Grenzen und Perspektiven, Köln/Berlin 1994.
- Ringwald, Gerhard*, Perspektiven formaler Methoden im Recht, in: Ringwald, Gerhard (Hrsg.), Perspektiven formaler Methoden im Recht, Tübingen 1986, S. 9–31.
- Roßnagel, Alexander*, Rechtswissenschaftliche Technikfolgenforschung. Umriss einer Forschungsdisziplin, 1. Aufl., Baden-Baden 1993.
- ders.*, Die „Überwachungs-Gesamtrechung“ – Das BVerfG und die Vorratsdatenspeicherung, NJW 2010, S. 1238–1242.
- ders.*, Technik, Recht und Macht. Aufgabe des Freiheitsschutzes in Rechtsetzung und -anwendung im Technikrecht, MMR 2020, S. 222–228.
- Rouvroy, Antoinette*, The end(s) of critique. Data behaviourism versus due process, in: Hildebrandt, Mireille/Vries, Katja de (Hrsg.), Privacy, Due Process and the Computational Turn. The Philosophy of Law Meets the Philosophy of Technology, Hoboken 2013, S. 143–167.
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie. Mit Juristischer Methodenlehre, 11. Aufl., München 2019.
- Saugmandsgaard Oe, Henrik*, Schlussanträge vom 15.7.2021 zur Rechtssache C-401/19, abrufbar unter: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=244201&doclang=DE>.
- ders.*, Schlussanträge vom 16.07.2020 zu den Rechtssachen C-682/18, C-683/18, abrufbar unter: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=228712&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4582874>.
- Schabinger Freiherr von Schowingen, Karl*, Über die Möglichkeiten logischer Methodik bei der Rechtsfindung, JZ 1960, S. 118.
- Schack, Haimo*, Zur Rechtfertigung des Urheberrechts als Ausschließlichkeitsrecht, in: Depenheuer, Otto/Peifer, Karl-Nikolaus (Hrsg.), Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel? Zustand und Entwicklungen im Zeitalter von Digitalisierung und Globalisierung, Berlin/Heidelberg 2008, S. 123–140.
- Schäfer, Hans-Bernd/Ott, Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 2020.
- Schieder, Tobias*, Ethisch motivierter Rechtsungehorsam. Rechtsdebatten zu Widerstandsrecht, Gewissensfreiheit und zivilem Ungehorsam in der Bundesrepublik Deutschland 1949–1989, Tübingen 2018.
- Schiff, Alexander*, Informationsintermediäre. Verantwortung und Haftung, Tübingen 2021.
- Schneider, Hans-Peter*, Der Plan einer „Jurisprudentia Rationalis“ bei Leibniz, ARSP 1966, S. 553–578.

- Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.), Urheberrecht. UrhG, KUG, VGG : Kommentar, 6. Aufl., München 2020.
- Schröder, Ulrich Jan*, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, JA 2017, S. 809–818.
- Schulz, Wolfgang/Dankert, Kevin*, Die Macht der Informationsintermediäre. Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, Bonn 2016.
- Schweitzer, Heike*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, S. 1–12.
- Searle, John R.*, Minds, brains, and programs, The Behavioral and Brain Sciences 1980, S. 417–457.
- Senfleben, Martin*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur? Vortrag auf dem III. ZUM-Symposium „EU-Urheberrechtsreform – Ergebnisse und Analysen“ des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 1.2.2019 in München, ZUM 2019, S. 369–374.
- Seo, Jin S./Haitsma, Jaap/Kalker, Ton/Yoo, Chang D.*, A robust image fingerprinting system using the Radom transform, Signal Processing: Image Communication 2004, S. 325–339.
- Shavell, Steven*, Foundations of economic analysis of law, Cambridge, Mass 2004.
- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmman, Indra* (Hrsg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, Baden-Baden 2019.
- Specht, Louisa*, Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?, JZ 2017, S. 763–770.
- dies.*, Die Entwicklung des IT-Rechts im Jahr 2018, NJW 2018, S. 3686–3691.
- dies.*, Diktat der Technik. Regulierungskonzepte technischer Vertragsinhaltsgestaltung am Beispiel von Bürgerlichem Recht und Urheberrecht, Baden-Baden 2019.
- dies.*, Zum Verhältnis von (Urheber-)Recht und Technik. Erfordernis eines Dualismus von techniksensitivem Recht und rechtssensitiven technischen Durchsetzungsbefugnissen, GRUR 2019, S. 253–259.
- Specht-Riemenschneider, Louisa*, Anmerkung zu Peterson/Google ua u. Elsevier/Cyando [YouTube und uploaded], GRUR 2021, S. 1066–1067.
- Spindler, Gerald*, Regulierung durch Technik, in: Micklitz, Hans-Wolfgang/Reisch, Lucia A./Joost, Gesche/Zander-Hayat, Helga (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt, Baden-Baden 2017, S. 333–365.
- ders.*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter“ – Bittersweet? Analyse der Änderungen beim Text- und Datamining, Leistungsschutz für Presseerzeugnisse und Pflichtenkreis für Hostprovider, CR 2019, S. 277–291.
- ders.*, Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke, CR 2019, S. 238–252.
- ders.*, Art. 17 DSM-RL und dessen Vereinbarkeit mit primärem Europarecht. Zugleich ein Beitrag zu Umsetzungsmöglichkeiten, GRUR 2020, S. 253–261.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien. Kommentar, 4. Aufl., München 2019.
- Spindler, Gerald/Sein, Karin*, Die endgültige Richtlinie über Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen. Anwendungsbereich und grundsätzliche Ansätze, MMR 2019, S. 415–420.
- Stieper, Malte*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Tübingen 2009.
- ders.*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. Keynote auf der Konferenz „Perspektiven des Urheberrechts im Informationszeitalter“ am 19.11.2018 in Berlin, ZUM 2019, S. 211–217.

- ders.*, Das Verhältnis der verpflichtenden Schranken der DSM-RL zu den optionalen Schranken der InfoSoc-RL, GRUR 2020, S. 1–7.
- ders.*, Die Umsetzung von Art. 17 VII DSM-RL in deutsches Recht (Teil 1). Brauchen wir eine Schranke für Karikaturen, Parodien und Pastiche?, GRUR 2020, S. 699–708.
- Sulz, Jürgen/Baumann, Reimund*, LEX – Ein juristisches Expertensystem. Forschungsprojekt der Universität Tübingen und der IBM Deutschland, CR 1989, S. 331–335.
- Suwelack, Felix*, Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive. Werden die Reform-Vorschläge der EU-Kommission ihrem eigenen Legitimationsmodell gerecht?, MMR 2018, S. 582–586.
- SVRV*, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt. Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Berlin Dezember 2016.
- Szabo, Nick*, Formalizing and Securing Relationships on Public Networks 01.09.1997, abrufbar unter: <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/548/469>.
- ders.*, Wet code and dry 24.08.2008, abrufbar unter: <http://unenumerated.blogspot.com/2006/11/wet-code-and-dry.html>.
- Towfigh, Emanuel V.*, § 2 Das ökonomische Paradigma, in: Towfigh, Emanuel V./Petersen, Niels (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht. Eine Einführung für Juristen. 2. Aufl., Tübingen 2017.
- Tsai, Chiang-Yu/Kuo Yin-Hsi/Hsu, Winston H.*, Approximating Weighted Hamming Distance by Probabilistic Selection for Multiple Hash Tables, in: Hanbury, Allan/Kazai, Gabriella/Rauber, Andreas/Fuhr, Norbert (Hrsg.), Advances in information retrieval. 37th European Conference on IR Research, ECIR 2015, Vienna, Austria, March 29–April 2, 2015; proceedings, Cham 2015, S. 123–134.
- Tschorr, Sophie*, Privatisierung der Rechtsdurchsetzung in der digitalen Welt: Ist Unionsrecht der Motor?, K&R 2021, S. 82–85.
- Turing, Alan M.*, On Computable Numbers, with an Application to the Entscheidungsproblem, Proceedings of the London Mathematical Society 1936, S. 230–265.
- Unger, Sebastian*, Demokratische Herrschaft und künstliche Intelligenz, in: Unger, Sebastian/Ungern-Sternberg, Antje von (Hrsg.), Demokratie und künstliche Intelligenz, Tübingen 2019, S. 113–128.
- Urban, Jennifer/Karaganis, Joe/Schofield, Briana*, Notice and Takedown in Everyday Practice. Berkeley Law, Research Paper No. 2755628, 2. Aufl. 2017.
- Volkman, Caroline*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet? Zugleich ein konkreter Lösungsvorschlag zur „Quadratur des Kreises“ bei der nationalen Umsetzung von Art. 17 Urh-RL, CR 2019, S. 376–384.
- Wagner, Gerhard*, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 1), GRUR 2020, S. 329–338.
- ders.*, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 2), GRUR 2020, S. 447–457.
- Walters, Thomas C./Ross, David A./Lyon, Richard F.*, The Intervalgram: An Audio Feature for Large-scale Melody Recognition, 9th International Symposium on Computer Music Modeling and Retrieval (CMMR 2012) 2012, S. 295–310.
- Wand, Peter*, Technische Schutzmaßnahmen und Urheberrecht. Vergleich des internationalen, europäischen, deutschen und US-amerikanischen Rechts, München 2001.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019.
- Wandtke, Artur-Axel/Hauck, Ronny*, Art. 17 DSM-Richtlinie. Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, ZUM 2019, S. 627–636.

- dies.*, Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht – Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in einem „Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz“. Kommentar zum Diskussionsentwurf des BMJV v. 24.6.2020 zu einem Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, ZUM 2020, S. 671–681.
- Weizenbaum, Joseph*, Die Macht der Computer und die Ohnmacht der Vernunft, 1. Aufl., Frankfurt am Main 1978.
- Wendehorst, Christiane*, Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte, NJW 2021, S. 2913–2919.
- Wesel, Uwe*, Geschichte des Rechts in Europa. Von den Griechen bis zum Vertrag von Lissabon, München 2010.
- Wimmers, Jörg/Barudi, Malek*, Der Mythos vom Value Gap. Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten, GRUR 2017, S. 327–338.
- Winner, Langdon*, Do Artifacts Have Politics?, Daedalus 1980, S. 121–136.
- Wischmeyer, Thomas*, Regulierung intelligenter Systeme, AöR 2018, S. 1–66.
- dies.*, Steuerung durch Technik. Eine Herausforderung für das Recht?, Vortrag, Recht im Kontext, Berlin 02.12.2019.
- Wojcicki, Susan*, Expanding our work against abuses of our platform 05.12.2017, abrufbar unter: <https://blog.youtube/news-and-events/expanding-our-work-against-abuse-of-our>.
- Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan* (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 36. Aufl. 2021.
- Woolgar, Steve/Cooper, Geoff*, Do Artefacts Have Ambivalence? Moses' Bridges, Winner's Bridges and other Urban Legends in S&TS, Social Studies of Science 1999, S. 433–449.
- Würtenberger, Gert/Freischem, Stephan*, Stellungnahme des GRUR-Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RL im Urheberrecht (DSM-RL [EU] 2019/790 und Online-SatCab-RL [EU] 2019/789), GRUR 2019, S. 1140–1166.
- Yeung, Karen*, Are Design-Based Regulatory Instruments Legitimate?, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series 2015-27, S. 1–30.
- dies.*, Algorithmic Regulation: A Critical Interrogation, King's College London Dickson Poon School of Law Legal Studies Research Paper Series 2017-27, S. 1–39.
- Zittrain, Jonathan*, Perfect Enforcement on Tomorrow's Internet, in: Brownsword, Roger/Yeung, Karen (Hrsg.), Regulating Technologies. Legal Futures, Regulatory Frames and Technological Fixes, Oxford 2008, S. 125–156.

Sachregister

- Abstraktion 19
- ADR-RL 155
- AGB-Klauselkontrolle 151
- Akzeptanz
 - *siehe auch* Einsicht
 - der Rechtsnorm 34, 59, 62, 64–66, 69, 182
 - gesellschaftliche Akzeptanz 69
- Algorithmen-gesetz 188
- Algorithmic fair use 95, 182
- Algorithmic Governance 93
- Algorithmic Regulation 93
- Algorithmisierung 53
- Algorithmus 18, 80, 163, 166
- Allgemeine Geschäftsbedingungen 39, 104
 - *siehe auch* Nutzungsbedingungen
- Allgemeine Handlungsfreiheit 41, 43 f., 170
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht 69
- Ambiguität 16
- Analogie 89
- Angemessene Vergütung 132
- Anpassungsfähigkeit 89
- Anreize 93
- Anwendbares Recht 105
- Architektonische Kontrolle 36, 38
- Audiofilter 81, 82 f., 85–87
- Aufenthaltssort 87
- Auffindbarkeit 77
- Auslegung 13, 23, 69
- Auslegung, richterliche 13, 14
- Aussagenlogik 19
- Ausschließlichkeitsrecht 58
- Außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren 129, 154–158
- Äußerungsrecht 110
 - *siehe auch* Hassrede
- Automatisch 11
- Automatisierbarkeit 119
- Automatisierte Rechtsdurchsetzung,
 - Definition 9, 11 f., 39, 188
- Automatisierte Verarbeitung 163 f.
- Automatisierung 10 f., 17
- Autonomie 37
- Balance des Urheberrechts 90, 139
- Begriffsjurisprudenz 14 f.
- Berechenbarkeit 30
- Berechtigtes Interesse 168
- Beschwerdemechanismen 129, 153
- Beschwerdeverfahren 142, 157
- Beweislast 68
- Beweiswürdigung 17
- Bildfilter 81–83, 85, 86
- Black box tinkering 95, 182
- Blockchain 28
- Blockierung
 - einfache 141
 - qualifizierte 140 f.
- Branchenübliche Standards 127
- Brauchbare Illegalität 66
- Cheapest cost avoider 60, 134–136
- Content-ID 82, 85, 117 f.
- Contesting algorithms 182
- Daten
 - als Gegenleistung 99, 100
 - Datenlage 89
 - Datenschutz 166
 - personenbezogene Daten 121, 129, 162, 167, 184
 - Trainingsdaten 80
- Datenbank 81
 - *siehe auch* Referenzdatenbank
- Datenethikkommission 66
- Demokratie 16

- Demokratische Einigung 68
- Demonstrationen 136 f.
- Deontische Logik 19 f.
- Determinierungsgesamtrechnung 45
- Deterministisch 80, 163
- Diensteanbieter, *siehe* Plattformbetreiber
- Digitale Inhalte Richtlinie 100 f., 103
- Digitale Inhalte 78
- Digitaler Fingerabdruck, *siehe* Fingerprinting
- Direktvergütungsanspruch 140
- Diskriminierung 164
- Dispute Verfahren 118
- Distanzmetrik 84
- DRMS 137–139, 180 f.
- *siehe auch* Technische Schutzmaßnahmen
- Durchsetzungslast 68, 149, 151

- Effizienz 57, 60, 83
- Eigentumsgrundrecht 44, 49, 51, 128
- Eigenverantwortlichkeit 181
- Einsicht 64 f.
- *siehe auch* Akzeptanz
- Einwilligung 168
- Einzelfallabwägung 48
- Entscheidung durch Menschen 89, 182
- Entscheidungsstrukturen 18, 89
- Entwickler 85
- Entwicklungskosten 60, 62, 85
- Essential facilities 61
- Exklusivität 58
- Externe Effekte 134

- Fair use 90, 93–95
- Faktische Freiheit zum Rechtsverstoß 34 f., 64
- Falsche Ergebnisse, *siehe* false negatives
- False negatives 84–86, 91
- False positives 84 f., 91
- Fehleranfälligkeit 82, 85, 159, 182
- Fehlerhaftigkeit der Technologie 49, 86, 88, 148, 153
- Fehlerrate 95
- Fingerprinting 82 f.
- Flagging 142, 150
- Flexibilität 70, 88–91, 94, 128
- Formale Logik 19 f.
- Formalisierung 12, 17, 89
 - explizite Formalisierung 18, 80, 89
 - implizite Formalisierung 18, 80, 89
- Freie Entfaltung der Persönlichkeit 164
- Freiheit
 - *siehe auch* allgemeine Handlungsfreiheit
 - demokratische Freiheit 54
 - Freiheitsraum 172
 - Freiheitswahrnehmung 45 f.
 - Handlungsfreiheit 61, 63, 189
 - individuelle Freiheit 53, 189
 - zum Rechtsverstoß 53–56
- Freiräume 71

- Geeignetheit 159
- Gehorsam 64
- Geistiges Eigentum 51, 59, 161
- Geltung des Rechts, *siehe* Rechtsgeltung
- Gemeinschaftsstandards 76
- Gemeinwohl 123
- Geo-Sperren 87
- Gericht
 - gerichtliche Überprüfung 68, 156
 - Gerichtsentscheidung 69, 95
- Geringfügige Nutzungen 142
- Gesamtwohlfahrt 56–58
- Gesellschaftliche Realität 69
- Gesellschaftliche Veränderungen 69 f.
- Gesetz
 - Gesetzesänderung 69
 - Gesetzgebungsprozess 53
 - Gesetzgebungsverfahren 68
- Gesetzgebungsverfahren 68
 - *siehe auch* Rechtsetzung
- Gesetzlicher Vergütungsanspruch 140
- Gewerbliche Zwecke 78 f.
- Gewinne 98, 100, 130
- Gleichartige Rechtsverletzungen 115 f.
- Grundrechte 25, 40–52, 68, 91, 125 f., 128, 151, 160 f., 172
- Grundrechtseingriff
 - additiver Grundrechtseingriff 45 f.
 - mittelbarer Grundrechtseingriff 42
 - unmittelbarer Grundrechtseingriff 42

- Haftung
 - Haftungsdruck 42, 43
 - Haftungsprivilegierung 127, 132
 - Haftungsregelung 39, 42

- Haftungsregime 60f.
- Haftungsrisiko 93
- Störerhaftung 98, 111–113, 120
- täterschaftliche Haftung 132–134
- von Plattformbetreibern 109f., 123, 127, 134–136
- Handlungsoptionen 171, 189
- Handlungsspielraum 36
- Harmonisierung 91, 129
- Hash-Funktion 81f., 84
- Hashwert 82–84, 87
- Hassrede 88, 110, 151, 182
- Hate speech, *siehe* Hassrede
- Heatmap 83

- Implementierungskosten 60, 62
- Impossibility structures 39
- Individualität 166
- Informationelle Repräsentation 82
 - *siehe auch* Syntaktisch
- Informationen über Funktionsweise 129, 179
- Informationsfreiheit 41, 43, 48–50, 121, 160
- Informationsmodelle 179f.
- Informationspflichten
 - des Verantwortlichen 186f.
 - von Plattformbetreibern 142, 180
- Inhalteanbieter 130, 132
- Inhaltserkennungstechniken 136f.
- Innovation 107
- Innovationskosten 58
- Instanzenzug 158
- Interessenausgleich 67
- Interpretation 89f.
- Intervalgram 83
- IP-Adresse 87, 167

- Jurimertics 15f., 89
- Jurisdiktion 87

- Kaldor/Hicks-Kriterium 57f., 63
- Karikatur 92, 128
- Kippunkt 65
- KOKON 27
- Kompensation 57, 59
- Kontrolle, *siehe* Überwachung
- Kooperationsvertrag 98

- Korrektur 154
- Korrelationen 80
- Kritik 92, 128
- Kritikalitätspyramide 178
- Kryptografische Hash-Funktion, *siehe* Hash-Funktion
- Kulturelle Vielfalt 58, 129
- Kunstfreiheit 41, 43, 47, 49f., 68, 91, 128, 151
- Künstliche Intelligenz 94f.
 - *siehe auch* lernende Systeme

- Last der Durchsetzung, *siehe* Durchsetzungslast
- LegalTech 29
- Leistungsschutzrechteinhaber 78
- Lernende Systeme 80, 87, 154, 170
- Lex Informatica 31, 37, 89
- LEX 27
- Lizenz 59, 98, 127f., 131, 140
- Lizenzvereinbarung 98, 106, 127, 132, 135
- Logik
 - Aussagenlogik 19
 - deontische Logik 19f.
 - formale Logik 19f.
 - Logik im Recht 12, 15f.
 - Operatoren der Logik 81
 - Prädikatenlogik 19f.

- Machine learning, *siehe* lernende Systeme
- Macht 55
- Machtasymmetrie 61, 63
- Manipulation 86, 87
- Manuelle Kontrolle 115, 127, 159
 - *siehe auch* Überprüfung durch Menschen
- Markenrecht 113–115, 119f.
- Materielles Recht 56, 67f.
- Mathematik 12, 30
- MD5-Filter 116–118
- Meinungsfreiheit 41, 43, 47, 49f., 68, 91, 128, 151, 160
- Menschenwürde 46, 166
- Menschlicher Eingriff 80, 163f., 185, 188
- Methode 12, 16f., 24
- Monetarisierung 85
- Monetarisierungsvereinbarung 98
- Monopolartige Stellung 62
- Moral 34, 64, 69

- Musikindustrie 78
- Muster 80
- Mutmaßlich erlaubte Nutzungen 141, 149 f.
- Nachprüfung, *siehe* Überprüfung durch Menschen
- Nachvollziehbarkeit 80
- Nebeneffekt 58, 86
- Netzwerkdurchsetzungsgesetz 4, 42, 77 f.
- Netzwerkeffekte 61
- Nicht-lernende Systeme 80
- Notice-and-take-down 141
- Nudging 1
- Nutzergenerierte Inhalte 92
- Nutzungsbedingungen 76, 100 f., 151
 - *siehe auch* allgemeine Geschäftsbedingungen
- Nutzungsrechte 99
- Objektformel 46, 52, 166, 170
- ODR-VO 155
- Offensichtlich rechtsverletzende Inhalte 150
- Öffentliche Wiedergabe 123, 126, 133 f., 136, 139 f.
- Öffentliche Zugänglichmachung 127, 139
- Online-dispute-Mechanismus 182
- Operatoren der Logik 81
- Overblocking 33, 84, 92, 141
- Oversight Board 157
- Pandektenrecht, *siehe* Begriffsjurisprudenz
- Paradoxon 63
- Pareto-Kriterium 57
- Parodie 91 f., 128
- Pastiche 92, 128
- Plattform
 - Begriff 75–78
 - marktbeherrschend 61 f.
- Plattform zur Online-Streitbeilegung 155
- Plattformbetreiber
 - Begriff 75–78
 - finanzielle Interessen 93
- Plattformnutzungsvertrag 93, 99–105, 150 f.
- Politische Ebene 53–55, 65
- Prädikatenlogik 19 f.
- Praktische Konkordanz 25, 47
- Prämissen 20
- Prämissenbildung 23
- Präventiver Schutz 149, 172 f.
- Privatautonomie 62
- Privatisierung der Rechtsdurchsetzung 10, 29, 138
- Profiling 169, 186 f.
- Protest 136 f.
- Prototypen 26
- Prozessrisiko 68, 151
- Prüfpflichten 109 f., 114–119
- Put-back-Anspruch 150–152
- Quasinegatorischer Unterlassungsanspruch 112
- Rahmenbedingungen 71
- Rationaler Delinquent 59
- Realakt 164, 170
- Rechtsdurchsetzung, Art und Weise 55
- Rechtsetzung 55, 65
- Rechtsfortbildung 69
- Rechtsgeltung 34
 - innere Geltung 34, 64, 66
- Rechtsinformatik 26
- Rechtsprechung 110, 111–126, 132 f., 159–161
- Rechtsprodukt 67
- Rechtssicherheit 13, 58, 95
- Rechtsstaat 67, 69
- Rechtsstaatsprinzip 24
- Rechtsverstoß
 - Freiheit zum Rechtsverstoß 53–56, 63 f., 183, 190
 - Recht zum Rechtsverstoß 63
- Rechtswahlvereinbarung 105
- Referenzdatei 82 f., 87, 168 f., 174
- Referenzdatenbank 81 f., 84
 - *siehe auch* Datenbank
- Remixe 78 f.
- Rezension 128
- Richterliche Entscheidung, *siehe* gerichtliche Überprüfung
- Richterliche Freiheit 69
- Richterliche Willkür 13
- Robuste Hash-Funktion, *siehe* Hash-Funktion
- Römisches Recht 14
- Rückkoppelungsmechanismus 154

- Samples 78 f.
- Sanktion 54, 66
- Satire 91
- Schadensersatz 142
- Schaffensanreize 58
- Schlichtungsstelle 158
- Schranken
 - des Urheberrechts 43, 48, 52, 70, 84, 90–93, 96, 128, 140
 - verpflichtend geltende Schranken 140, 148 f.
- Schutznorm 188
- Selbstbestimmung 53 f., 179
- Selbsthilferecht 180 f.
- Self-enforcing Regeln 37
- Self-executing Regeln 37
- Semantisch 82, 84
- Simulierung 86
- Smart contract 28, 163
- Sorgfaltspflicht 98
- Soziologie 34, 36, 66, 69
- Spielraum, *siehe* Flexibilität
- Sprache
 - formale Sprache 19, 21 f., 24
 - natürliche Sprache 16, 21, 24, 29, 89
- Staatliche Zwangsmittel 35
- Störerhaftung 98, 111–113, 120
- Störgeräusche 82
- Streamingdienste 138
- Subsumtion 23
- Syllogismus 20, 23
- Syntaktisch 80, 82, 84

- TAXMAN 27
- Technische Schutzmaßnahmen 137 f.
 - *siehe auch* DRMS
- Technologieneutralität 107–110
- Technologischer Wandel 91
- Tonträgerhersteller 78
- Tonträger-Konzerne 78
- Totalvollzug 66
- Training 80
- Trainingsdaten 80
- Transaktionskosten 135
- Transparenz 158

- Übereinstimmung 83
- Übermaßverbot 55
- Überprüfung durch Menschen 85, 143, 152–154, 157
- Übersetzung 24, 30, 89
- Überwachung 38, 45
- Überwachungs-Gesamtrechnung 45
- Überwachungspflicht
 - allgemeine Überwachung 115, 118, 121 f., 124, 128, 172–175
 - generelle Überwachung, *siehe* allgemeine Überwachung
 - spezifische Überwachung 124, 172–175
- Übliche Sorgfalt 123
- Umgehung 81 f., 86 f., 181
- Unbestimmte Rechtsbegriffe 22, 88 f., 91
- Unmöglichkeit des Normverstößes, *siehe* Unmöglichkeit des Rechtsverstoßes
- Unmöglichkeit des Rechtsverstoßes 41, 66
- Unternehmerische Freiheit 122
- Upload-Filter 127, 131, 136, 141
 - Funktionsweise 79–86
- Urheberrechtliche Schranken, *siehe* Schranken des Urheberrechts
- Urheberrechtsreform 129
- US-amerikanisches Urheberrecht 90, 93 f., 182

- Value Gap 98, 131 f.
- Verbraucher 78, 155
- Verbrauchervertrag 103
- Vereinfachung 89
- Verletzer 132
- Vertrag
 - Effizienz 57
 - Kooperationsvertrag 98
 - Plattformnutzungsvertrag 93, 99–105, 150 f.
 - synallagmatischer Vertrag 99, 101
 - Verbrauchervertrag 103
- Vertrauen 58
- Vertrauenswürdige Rechteinhaber 142
- Vervielfältigungsrecht 139
- Verwertungsgesellschaften 78, 121
- Videofilter 81–83, 85–87
- Vollzugsdefizite 71
- Vorbeugende Maßnahmen 120
- Vorhersehbarkeit 80, 95
- Vorratsdatenspeicherung 45
- VPN 87

- Wahlen 53–55
Wahlmöglichkeiten 171
Wahrscheinlichkeit 95
Watermarking 86
Webcrawler 115
Wechselwirkungslehre 47
Wenn-dann-Mechanismus 163
Werbeeinnahmen 98
Werkzeug 108 f., 181
Wertungsebene 68
Willkürliche Ergebnisse 80
Wissenschaftliche Zwecke 158
Wohlfahrtsverluste 60–62, 131
Wortfilter 81, 86, 114 f., 117 f., 159
Zeit 153, 156–158
Zensurinfrastruktur 136
Zitat 92, 128
Zufall 35
Zugriffsort 86
Zumutbarkeit 159
Zwang 64

