

infobrief recht

11/2021

November 2021



Algorithmus im Blut?

Eine erste Auswertung des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes

Liberté, Égalité, StreamOn adé

EuGH hält Zero-Rating unvereinbar mit Netzneutralität

Ich weiß, dass ich nichts weiß

Das Oberlandesgericht Dresden stellt fest, dass die negative DSGVO-Auskunft ausreichend für die Erfüllung des Auskunftsanspruchs nach vorhergegangener Löschung ist

Algorithmus im Blut?

Eine erste Auswertung des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes

von *Justin Rennert*

Am 1. August 2021 ist das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) in Kraft getreten. Damit hat der Gesetzgeber Art. 17 der EU-DSM-Richtlinie in deutsches Recht umgesetzt. Das UrhDaG stellt klar: Online-Diensteanbieter wie YouTube haften urheberrechtlich für nutzergenerierte Inhalte – unter gewissen Voraussetzungen. In der Juli-Ausgabe des Infobriefs Recht gaben wir bereits einen ersten Überblick über die durch das UrhDaG eingeführten Änderungen.¹ Nun ist es Zeit für eine vertiefte Analyse. Insbesondere stellt sich die Frage, was sich für Hochschulen im alltäglichen Umgang mit großen Online-Plattformen ändert.

I. Einleitung

Europäische Richtlinien gelten nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten. Sie müssen durch diese erst in nationales Recht umgesetzt werden. Die EU-DSM-Richtlinie (DSM-RL) sorgt für die größte Urheberrechtsreform in Europa seit zwei Jahrzehnten. Das UrhDaG dient der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL – dem umstrittensten Teil der Reform. Kritiker sammelten europaweit 4,7 Millionen Unterschriften gegen Art. 17; allein in Deutschland waren es 1,3 Millionen.² Sie befürchteten vor allem, dass die Richtlinie zu einem verstärkten Einsatz von Upload-Filtern führen würde. Art. 17 sieht nämlich vor, dass Online-Diensteanbieter im Grundsatz für nutzergenerierte Inhalte urheberrechtlich haften. Wenn große Online-Plattformen im Grundsatz für jeden nutzergenerierten Inhalt haften, dann würden sie zwangsläufig schärfere technische Maßnahmen ergreifen, um die Inhalte auf ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Upload-Filter sind ein technisches Verfahren, bei dem eine automatisierte und algorithmus-basierte Überprüfung jedes Inhaltes schon beim Hochladevorgang stattfindet. Damit seien – so die Kritik – erhebliche Gefahren für die freie Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit verbunden. Insbesondere drohe das sog. Overblocking, also eine versehentliche Blockierung rechtmäßig hochgeladener Inhalte. Denn Upload-Filter könnten nicht mit hundertprozentiger

Genauigkeit feststellen, ob ein Inhalt rechtsverletzend oder rechtmäßig ist.

Das UrhDaG ist gezeichnet von dem Versuch, das Overblocking bestmöglich zu verhindern. Der deutsche Gesetzgeber hat hierfür viel Aufwand betrieben. Anders als z. B. Frankreich und die Niederlande hat er Art. 17 DSM-RL nicht nahezu wortgetreu umgesetzt. Er hat sich stattdessen ein Instrument überlegt, das die vorschnelle bzw. versehentliche Blockierung von Inhalten verhindern soll. Dieses möchten wir im Folgenden erläutern. Zunächst allerdings möchten wir den Anwendungsbereich des neuen Gesetzes beschreiben: Welche Diensteanbieter sind vom UrhDaG betroffen und welche nicht? Eine wichtige Antwort für Hochschulen vorweg: Nicht gewinnorientierte bildungsbezogene oder wissenschaftliche Repositorien sind vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen. Das bedeutet, dass Hochschulen und Bildungseinrichtungen nicht betroffen sind, sofern sie selbst auf eigenen Servern Plattformen betreiben (z. B. eine Lernplattform mit Lehrvideos). Gleichwohl sind sie mittelbar betroffen. Große Plattformen wie YouTube müssen ihre Dienste an das UrhDaG anpassen. Sofern eine Hochschule oder Bildungseinrichtung beispielsweise Lehrvideos auf YouTube hochlädt, berühren sie auch automatisch die Änderungen des UrhDaG.

¹ Rennert: „Habemus Reform“, DFN-Infobrief Recht 07/2021
² <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/urheberrechtsreform-unterschriften-101.html> - abgerufen am 19.10.2021

II. Anwendungsbereich des UrhDaG

Der Anwendungsbereich des UrhDaG ist in den §§ 2, 3 geregelt. § 2 UrhDaG regelt abstrakt, welche Plattformen von dem neuen Gesetz betroffen sind, während § 3 hiervon kasuistisch Ausnahmen vorsieht. Erfasst sind nur solche Anbieter, die als Hauptzweck ausschließlich oder zumindest auch verfolgen, eine große Menge an von Dritten hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Inhalten zu speichern und öffentlich zugänglich zu machen. Das Gesetz richtet sich also vor allem an Social-Media-Riesen wie YouTube oder Instagram, ist hierauf aber nicht beschränkt. Auch Startups und kleine Diensteanbieter sind vom Anwendungsbereich umfasst. Für sie gelten allerdings Sonderregeln. Hinzukommen muss noch, dass die von Dritten hochgeladenen Inhalte durch die Anbieter organisiert und zum Zweck der Gewinnerzielung beworben werden. Die letzten beiden Kriterien werden bei einem kommerziell ausgerichteten Dienst aber meist gegeben sein. Zuletzt müssen sie mit Online-Inhaltendiensten um dieselben Zielgruppen konkurrieren. Mit dem Begriff Online-Inhaltedienste meint das Gesetz Anbieter wie Spotify, die urheberrechtlich geschützte Inhalte selbst zur Verfügung stellen. Nur im Falle einer Konkurrenz mit einem solchen Anbieter kann das freie Hochladen derselben urheberrechtlich geschützten Inhalte nämlich zu den Wettbewerbsverzerrungen führen, denen das UrhDaG entgegenzutreten will.

§ 3 UrhDaG stellt klar, dass bestimmte Dienste nicht erfasst sind. Das ergibt sich im Einzelfall häufig schon aus der abstrakten Definition des § 2 UrhDaG, sodass § 3 UrhDaG in vielen Fällen nur klarstellender Charakter zukommt. Wichtig für Hochschulen und Forschungseinrichtungen: Nach Nr. 2 sind nicht gewinnorientierte bildungsbezogene und wissenschaftliche Repositorien nicht erfasst. Mit Repositorien sind u.a. Archive gemeint (vgl. ErWG 62 DSM-RL³). Stellt also z. B. eine Hochschule ohne Gewinnorientierung eine Plattform zur Verfügung, auf der Lehrpersonen ihre Lehrmaterialien veröffentlichen können, so muss die Hochschule diesbezüglich die Vorgaben des UrhDaG nicht beachten. Gleiches gilt bei einem nicht gewinnorientierten wissenschaftlichen Archiv, in dem durch die Nutzer zum Zwecke der Recherche wissenschaftliche Beiträge eingestellt werden können. Das bedeutet indes nicht, dass Hochschulen und Forschungseinrichtungen schon ob ihres Status als wissenschaftliche Institution frei-

gestellt sind. Es kommt stattdessen immer auf den konkret angebotenen Dienst an. Außerdem müssen auch Hochschulen und Forschungseinrichtungen die Auswirkungen des UrhDaG bedenken, wenn sie nicht selbst einen Dienst anbieten, sondern von anderen Diensten – wie YouTube oder Instagram – Gebrauch machen.

Die Bundesregierung selbst geht derzeit davon aus, dass mittelfristig 13 Diensteanbieter in den Anwendungsbereich des UrhDaG fallen.⁴ Mit relativer Sicherheit kann man hierzu YouTube, Instagram und TikTok zählen. Weniger eindeutig ist es bei Plattformen wie Twitter, die zwar ihrem Konzept nach nicht vorrangig dem Hochladen geschützter Inhalte dienen, jedoch rein faktisch ebenfalls eine große Menge solcher Inhalte speichern (man denke an die Möglichkeit zum Hochladen von Bildern bei Twitter).

III. Systematik des UrhDaG

Kern des neuen Haftungssystems des UrhDaG ist § 1 Abs. 1 UrhDaG. Demnach gibt ein Diensteanbieter ein Werk öffentlich wieder, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken verschafft, die von Nutzern des Dienstes hochgeladen worden sind. Die öffentliche Wiedergabe ist indes ein alleiniges Recht des Urhebers, wie § 15 Abs. 2 S. 1 UrhG normiert. Damit ist der Diensteanbieter für Rechtsverletzungen, die aus der öffentlichen Wiedergabe entstehen, unmittelbar verantwortlich. Gegen ihn kommt also auch ein Schadensersatzanspruch gem. § 97 Abs. 2 UrhG in Betracht. Vorher war eine solche unmittelbare Haftung zumindest sehr zweifelhaft. Diensteanbieter konnten in der Praxis höchstens auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, ein Schadensersatzanspruch war nicht möglich. Nun sind die Vorzeichen umgedreht: Der Diensteanbieter haftet grundsätzlich unmittelbar und muss sich von dieser Haftung befreien. Das kann er nur, indem er die Verkehrspflichten aus § 4 und den §§ 7-11 UrhDaG erfüllt. Auf diese Weise will das UrhDaG Diensteanbieter dazu bringen, die Vorgaben des Gesetzes einzuhalten und die Rechtsposition von Urhebern gegenüber Diensteanbietern stärken.

³ EU-ABl. L 130/92 v. 17.05.2019, S. 106.

⁴ BT-Drs. 19/27426 S. 61.

1. Verkehrspflicht zum Erwerb vertraglicher Nutzungsrechte

Die erste Verkehrspflicht der Diensteanbieter ist in § 4 UrhDaG normiert. Demnach müssen sie bestmögliche Anstrengungen unternehmen, um die vertraglichen Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke zu erwerben. Das tut ein Diensteanbieter, wenn er Nutzungsrechte erwirbt, die ihm angeboten werden, über repräsentative Rechtsinhaber verfügbar sind, die der Diensteanbieter kennt oder über im Inland ansässige Verwertungsgesellschaften oder anhängige Verwertungseinrichtungen erworben werden können. Der Diensteanbieter darf also nicht nur auf Angebote von Rechteinhabern warten, sondern muss aktiv tätig werden. Um ihn in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht allzu sehr einzuschränken, müssen die Nutzungsrechte aber bestimmte Vorgaben erfüllen (§ 4 Abs. 2 UrhDaG). So müssen sie u.a. die Nutzung zu angemessenen Bedingungen erlauben. Auch wenn der Diensteanbieter ein Nutzungsrecht erworben hat, entbindet ihn das nicht davon, auch dem Urheber – der regelmäßig nicht mit dem Rechteinhaber identisch ist – eine angemessene Vergütung zu zahlen. Liegt ein solches Nutzungsrecht vor, ist die öffentliche Wiedergabe erlaubt.

Eine öffentliche Wiedergabe ist ebenfalls erlaubt, wenn sie von einer Urheberrechtsschranke gedeckt ist. Das stellt § 5 UrhDaG klar, der insbesondere auf die Urheberrechtsschranken für Zitate (§ 51 UrhG) und Karikaturen, Parodien und Pastiches (§ 51a UrhG) verweist. Darüber hinaus ist die öffentliche Wiedergabe aber immer erlaubt, wenn irgendeine Urheberrechtsschranke des Teil 1 Abschnitt 6 des UrhG greift.

2. Verkehrspflicht zur Blockierung rechtsverletzender Inhalte

Die zweite Verkehrspflicht der Diensteanbieter ist in den §§ 7, 8 UrhDaG normiert und betrifft die Blockierung von Inhalten. Nach § 7 Abs. 1 UrhDaG muss ein Diensteanbieter bestmögliche Anstrengungen unternehmen, um einen Inhalt zu sperren oder zu entfernen, wenn ein Rechtsinhaber dies verlangt und die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt. Zudem muss er bestmöglich dafür sorgen, dass der fragliche Inhalt auch künftig nicht auf seiner Plattform verfügbar ist. Das in § 7 normierte Verfahren ist das sog. „qualifizierte Blockierungsverfahren“. § 8 UrhDaG sieht hingegen das „ein-

fache Blockierungsverfahren“ vor. Im einfachen Blockierungsverfahren muss ein Diensteanbieter einen Inhalt blockieren, sofern der Rechtsinhaber dies verlangt und einen hinreichend begründeten Hinweis auf die unerlaubte öffentliche Wiedergabe gibt.

Auf den ersten Blick scheinen die beiden Verfahren ziemlich ähnlich. Sie haben allerdings einen großen Unterschied: Bei einer qualifizierten Blockierung muss der Diensteanbieter auch für die Zukunft dafür sorgen, dass der Inhalt nicht erneut hochgeladen wird (stay down). Bei einer einfachen Blockierung genügt das einmalige Entfernen des Inhalts, auf den der Rechtsinhaber den Diensteanbieter konkret hingewiesen hat (take down). Die qualifizierte Blockierung hat also weitreichendere Folgen als die einfache Blockierung. Deswegen hat sie auch höhere Voraussetzungen. Diensteanbieter müssen nicht nur auf eine konkrete Rechtsverletzung hingewiesen, sondern auch umfangreiche, für die Blockierung erforderliche Informationen bereitgestellt haben. In der Praxis werden dies häufig Originaldateien geschützter Werke sein. Diese kann der Diensteanbieter dann mit den von Nutzern hochgeladenen Inhalten vergleichen und so mögliche Rechtsverletzungen feststellen.

Wie bereits dargestellt müssen große Diensteanbieter aufgrund der schieren Menge von hochgeladenem Material hierbei auf automatisierte Verfahren zurückgreifen. Da die Bewertung urheberrechtlicher Sachverhalte aber oft von den genauen Umständen des Einzelfalls und komplexen rechtlichen Wertungen abhängt, bringt ein solches Verfahren die Gefahr des Overblockings mit sich. Um ihr entgegenzuwirken, sieht das UrhDaG zwei Instrumente vor: die mutmaßlich erlaubte Nutzung und das Beschwerdeverfahren.

3. Mutmaßlich erlaubte Nutzungen

Nach den §§ 9 ff. UrhDaG gelten bestimmte Inhalte als mutmaßlich erlaubt. Diensteanbieter dürfen mutmaßlich erlaubte Inhalte zunächst nicht vom Netz nehmen – auch wenn ein Rechtsinhaber deren qualifizierte oder einfache Blockierung verlangt hat. Stattdessen muss zunächst ein internes Beschwerdeverfahren durchgeführt werden. In diesem muss der Rechtsinhaber darlegen, warum er den fraglichen Inhalt doch für rechtsverletzend hält. Erst wenn das Beschwerdeverfahren zu dem Ergebnis kommt, dass die Nutzung nicht erlaubt

ist, darf der Inhalt blockiert werden. Das übliche Verfahren der §§ 7, 8 UrhDaG (Blockierungsverlangen des Rechtsinhabers -> Blockierung des Inhaltes -> Möglichkeit zur Beschwerde durch den Nutzer) wird also umgekehrt und sieht nunmehr wie folgt aus: Blockierungsverlangen des Rechtsinhabers -> Möglichkeit zur Beschwerde durch den Rechtsinhaber -> ggf. Blockierung des Inhaltes.

Mutmaßlich erlaubt sind insbesondere solche Inhalte, die Werke Dritter nur geringfügig nutzen und solche, die als erlaubt gekennzeichnet sind. Was geringfügige Nutzungen sind, definiert § 10 UrhDaG. Filme und Tonspuren dürfen bis zu 15 Sekunden, Texte bis zu 160 Zeichen, Bilder bis zu 125 Kilobyte genutzt werden. Erfasst sind wohl vor allem Memes. Sie werden durch das UrhDaG also gesondert geschützt. Zudem kann ein Nutzer seinen Inhalt selbst als gesetzlich erlaubte Nutzung kennzeichnen (Flagging), § 11 UrhDaG. Beispielsweise weil der Nutzer davon ausgeht, dass der Inhalt von einer Urheberrechtsschranke gedeckt ist. So werden die Nutzer zur Selbst-Regulierung angehalten. Das ist ein Konzept, dass sich z. B. in Internetforen, die durch Moderatoren aus der Community überwacht werden, bereits als sinnvoll erwiesen hat. Leider sind die Wissenschaftsschranken der §§ 60a ff. UrhG hiervon nicht erfasst. Diese erlauben z.B. die Nutzung von Teilen eines Werkes zum Zwecke der digitalen Lehre. Ein Inhalt, der von einer Wissenschaftsschranke gedeckt ist, kann daher nicht als mutmaßlich erlaubt gelten. Der Nutzer wäre in diesem Fall seinerseits auf das Beschwerdeverfahren angewiesen. In diesem könnte er darlegen, warum der jeweilige Inhalt unter eine Wissenschaftsschranke fällt.

Das Beschwerdeverfahren muss Nutzern und Rechtsinhabern nämlich auch unabhängig von dem Instrument der mutmaßlich erlaubten Nutzungen zur Verfügung stehen. Nutzer müssen gem. § 14 Abs. 1 UrhDaG jederzeit Beschwerde gegen die Blockierung einreichen können dürfen.

4. Unterschiedliche Anforderungen für unterschiedliche Diensteanbieter

Das UrhDaG sieht also ein System vor, bei dem Diensteanbieter dann von der Haftung freigestellt sind, wenn sie gewisse Verkehrspflichten erfüllen. Hierbei gelten allerdings unterschiedliche Anforderungen für unterschiedliche Diensteanbieter. Für Videoplattformen können nicht dieselben Anforderungen gel-

ten wie für Audioplattformen. Eine Livestreaming-Plattform ist nicht mit einer Plattform vergleichbar, auf der On-Demand-Inhalte zur Verfügung stehen.

§ 1 Abs. 1 UrhDaG weist deswegen darauf hin, dass stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten ist. Zudem ist wichtig zu erwähnen: Diensteanbieter haften nicht schon dann, wenn ihnen einige rechtsverletzende Inhalt entgehen und trotz Blockierungsverlangen verfügbar sind. Es geht vielmehr um das Gesamtbild, das ein Diensteanbieter abgibt. Bemüht er sich unter Wahrung aller Branchenstandards darum, Nutzungsrechte zu erwerben und rechtsverletzende Inhalte zu blockieren, so ist er von der Haftung frei – selbst wenn es einzelne rechtsverletzende Inhalte doch versehentlich auf die Plattform schaffen.

Branchenüblich – jedenfalls für große Video-Plattformen – ist schon jetzt der Einsatz von technischen Maßnahmen zur Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen. So verwendet YouTube zur Identifizierung möglicher Rechtsverletzungen das Programm „Content ID“. „Content ID“ besteht aus einer Datenbank und einem Algorithmus, der Übereinstimmungen von Elementen der Datenbank mit nutzergenerierten Inhalten aufspürt. Rechtsinhaber (z. B. Musiklabels und Filmstudios) können so eigene geschützte Inhalte (z. B. einen Musiktitel) an YouTube übermitteln. YouTube speichert diese daraufhin in der „Content ID“-Datenbank. Bei Upload eines Videos durch einen Nutzer, wird dieses automatisch auf Übereinstimmungen mit allen Elementen der Datenbank überprüft. Sofern der Algorithmus eine Übereinstimmung findet, können Rechtsinhaber die Sperrung des Inhalts verlangen.

IV. Konsequenzen für Hochschulen und Bildungseinrichtungen

Hochschulen und Bildungseinrichtungen nutzen große Online-Plattformen täglich sowohl für die digitale Lehre als auch für die Öffentlichkeitsarbeit. Dabei kann es durchaus passieren, dass sie geschützte Werke hochladen. Häufig ist die öffentliche Wiedergabe dieser Werke aber von einer gesetzlichen Erlaubnis gedeckt. Hier sei nur an die Wissenschaftsschranken der §§ 60a ff. UrhG gedacht.

Es ist höchst fraglich, ob ein Algorithmus erkennt, dass der jeweilige Lehrinhalt wegen einer Wissenschaftsschranke

rechtmäßig ist. Der Algorithmus würde den Inhalt in so einem Fall zunächst einmal blockieren. Positiv ist daher auch für Hochschulen und Bildungseinrichtungen, dass das UrhDaG Diensteanbieter zur Bereitstellung eines Beschwerdeverfahrens verpflichtet. In diesem kann die Hochschule oder Bildungseinrichtung darlegen, warum der Inhalt rechtmäßig hochgeladen wurde. Negativ ist hingegen, dass Inhalte nicht von vornherein als durch eine Wissenschaftsschranke gesetzlich erlaubt gekennzeichnet werden können. Das innovative Instrument der mutmaßlich erlaubten Nutzungen gilt also weitgehend nicht für die wissenschaftliche Nutzung geschützter Werke.

Insgesamt ist damit zu rechnen, dass Diensteanbieter in Zukunft noch stärker auf Algorithmen und Upload-Filter setzen. Das UrhDaG lässt diese ausdrücklich zu und versucht nur, die Gefahr des Overblockings einzudämmen. YouTube hat bereits angekündigt, sein „Content-ID“-Werkzeug anzupassen.⁵ Wichtig ist für jeden Nutzer: Das Wort eines Algorithmus ist nicht der Weisheit letzter Schluss.

5 <https://www.spiegel.de/netzwelt/web/urheberrecht-was-sich-jetzt-mit-dem-uploadfilter-gesetz-aendert-a-82670dc4-5398-4f68-a36b-022d47388455> - abgerufen am 19.10.2021 – abgerufen am 25.10.2021.

Liberté, Égalité, StreamOn adé

EuGH hält Zero-Rating unvereinbar mit Netzneutralität

von Nico Gielen

Seit 2017 bietet die Telekom ihren Kunden über die Tarifoption „StreamOn“ an, bestimmte Inhalte von verpartnerten Diensteanbietern nicht auf das Datenvolumen des Mobilfunktarifs anzurechnen. Kurz danach zog Vodafone nach und bietet seitdem ebenfalls ein solches Zero-Rating unter dem Namen „Vodafone Pass“ an. Nachdem bereits die Bundesnetzagentur (BNetzA) und deutsche Gerichte deutliche Zweifel vorbrachten, meldete sich nun auch der EuGH zu Wort.

I. Ursprung der Netzneutralität

Tim Wu, Professor an der Columbia University und seit neuestem politischer Berater der US-Regierung, prägte den Begriff der Netzneutralität mit einem 2003 erschienenen Aufsatz.¹ Dort beschreibt er das Konzept der Netzneutralität als die Gleichbehandlung von Daten im Internet, sodass es umgekehrt keine Bevorzugung oder Benachteiligung bestimmter Daten geben dürfe. Jedes Datenpaket müsse im Rahmen der Kapazität schnellstmöglich transportiert werden (sog. Best-Effort-Prinzip). Adressat der Netzneutralität sind Internetzugangsanbieter, wie Telekom oder Vodafone, die die Schnittstelle zwischen ihren Kunden und dem Internet bilden. Wu drückt in seinem Aufsatz die Hoffnung aus, dass ein neutrales Netz einen Nährboden für gesunden Wettbewerb zwischen Internetdiensten bilden kann.

II. EU-Verordnung über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet

Zehn Jahre nach diesem Aufsatz, im Jahr 2013, schlug die EU-Kommission eine Verordnung vor, welche die Netzneutralität gesetzlich gewährleisten sollte. Trotz erheblicher Kritik, die auch aus Deutschland kam und auf die geplanten Ausnahmen zur Netzneutralität gerichtet war, wurde die Verordnung über Maßnahmen zum Zugang zum offenen Internet (TSM-VO) zwei

Jahre später verabschiedet.

Zentral in diesem Gesetzeswerk ist Art. 3 Abs. 3, der die Begriffsdefinition von Wu aufgreift und Internetzugangsanbieter dazu verpflichtet, den gesamten Datenverkehr gleich zu behandeln. Dieser Grundgedanke wird allerdings durch drei Ausnahmetatbestände aufgeweicht (Art. 3 Abs. 3 UAbs. 3 TSM-VO). Demnach ist eine Ungleichbehandlung von Daten erlaubt, wenn damit erstens gesetzlichen Vorgaben entsprochen, zweitens die Integrität und Sicherheit des Netzes gewahrt oder drittens eine Netzüberlastung verhindert wird. Im Übrigen dürfen Internetzugangsanbieter den Datenverkehr steuern, soweit sie dabei transparent, nichtdiskriminierend und verhältnismäßig vorgehen. In diesem Fall darf der Datenverkehr allerdings nicht aufgrund kommerzieller Erwägungen gesteuert werden.

III. Zero-Rating

Im Zuge der Corona-Pandemie kursierte der Begriff „Zero-Rating“ im Zusammenhang mit der Corona-Warn-App. Die deutschen Mobilfunkanbieter verkündeten, dass die Nutzung der App über das Mobilfunknetz nicht auf das Datenvolumen angerechnet werde. Allerdings praktizieren einige Mobilfunkanbieter, darunter Telekom und Vodafone, diese Vorgehensweise auch bei weiteren Apps. Bei der Telekom sind unter dem Namen „StreamOn“ mittlerweile 471 Dienste, wie Netflix, WhatsApp, Facebook und Spotify, gelistet, deren Nutzung nicht auf das Datenvolumen angerechnet wird. Das ähnliche Angebot von Vodafone ist der „Vodafone Pass“. Das Datenvolumen des jeweiligen Tarifs wird durch die Nutzung

¹ Wu, Network Neutrality, Broadband Discrimination, Journal on Telecommunications & High Technology Law 2003, Volume 2, 141-176.

der verpartnerten Dienste also nicht beeinflusst, wohingegen die allgemeine Internetnutzung oder die Nutzung nicht-verpartnerner Dienste zum Verbrauch des Datenvolumens führt.

IV. Verfahren vor der BNetzA

Die Bundesnetzagentur (BNetzA), in deren Zuständigkeit es liegt, die Einhaltung der Netzneutralität zu beobachten, untersagte bereits im Dezember 2017 Teilaspekte des „StreamOn“-Angebots. Dabei störte sie weniger das Zero-Rating als solches, als vielmehr Detailfragen, zum Beispiel, dass Videoinhalte bestimmter Online-Dienste nur in gedrosselter Qualität übertragen wurden. Außerdem kritisierte sie, dass die Telekom das Angebot von „StreamOn“ auf das Inland beschränkte, während die Dienstenutzung im EU-Ausland auf das Datenvolumen angerechnet wurde. Damit werde gegen die seit 2012 geltende Verordnung über das Roaming in öffentlichen Mobilfunknetzen (Roaming-VO) verstoßen. Gleiches gelte für den „Vodafone Pass“, sodass die BNetzA im Jahr 2018 auch gegen Vodafone ein Verfahren einleitete. Sowohl Telekom als auch Vodafone gingen gegen die Bescheide der BNetzA vor, allerdings wurden ihre Widersprüche von der BNetzA zurückgewiesen.

V. Verfahren vor deutschen Gerichten

Der Rechtsstreit wurde sodann vor die Gerichte verlagert. Einerseits zogen Telekom und Vodafone vor das Verwaltungsgericht Köln, um gegen die Bescheide der BNetzA vorzugehen. Dabei entschied das Verwaltungsgericht Köln (Beschl. v. 20.11.2018, Az. 1 l 253/18) und in zweiter Instanz das Obergericht Münster (Beschl. v. 12.7.2019, Az. 13 B 1734/18) im einstweiligen Rechtsschutz zulasten der Telekom.² Andererseits verklagte die Bundesverbraucherzentrale (VZBV) Vodafone vor dem Landgericht Düsseldorf, das ebenfalls gegen Vodafone urteilte (Urt. v. 8.5.2019, Az. 12 O 158/18). Dabei monierte die VZBV, dass die Nutzung verpartneter Apps ausnahmsweise doch auf das Datenvolumen angerechnet wurde, wenn man diese mittels einer Hotspotverbindung durch das Mobiltelefon auf einem anderen Gerät benutzt (sog. Tethering). Im Hauptsacheverfahren riefen die Gerichte in Köln

² Hierzu bereits Gielen, Dream on, Telekom!, Das Obergericht für das Land Nordrhein-Westfalen bekräftigt die Argumentation der Bundesnetzagentur, wonach das Angebot „StreamOn“ der Telekom die Netzneutralität verletzt, DFN-Infobrief Recht 09/2019, S. 2.

und Düsseldorf sodann den EuGH an. Dieser sollte zum einen beantworten, ob Angebote wie „StreamOn“ und „Vodafone Pass“ mit der Netzneutralität im Sinne der TSM-VO vereinbar sind. Zum anderen solle die Vereinbarkeit mit der Roaming-VO beurteilt werden.

VI. Antworten des EuGH

Am 2. September 2021 urteilte der EuGH in allen drei Fällen (Urt. v. 2.9.2021, Az. C-34/20, C-854/19, C-5/20). Er beschränkte sich dabei jedoch nicht auf die Detailfragen, die den Gegenstand der deutschen Gerichtsverfahren bilden. Vielmehr befasste sich der EuGH ganz grundsätzlich mit dem Zero-Rating. Hierbei verwies der EuGH auf ein Urteil, das er ein Jahr zuvor gegen eine ungarische Telefongesellschaft erließ und damit deren Zero-Rating als Verstoß gegen die Netzneutralität einordnete (Urt. v. 15.9.2020, Az. C-807/18, C-39/19). Diese Argumentationslinie setzt der EuGH nun in Bezug auf „StreamOn“ fort. Durch eine solche Tarifoption nehme Telekom aufgrund „kommerzieller Erwägungen eine Unterscheidung innerhalb des Internetverkehrs vor, indem der Verkehr zu bestimmten Partneranwendungen nicht auf den Basistarif angerechnet wird. Eine solche Geschäftspraxis erfüllt daher nicht die [...] Pflicht, den Verkehr ohne Diskriminierung oder Störung gleich zu behandeln.“ Auch die Ausnahmetatbestände der TSM-VO hielt der EuGH für nicht anwendbar. Allenfalls könnten sie zur Anwendung gelangen, wenn eine Ungleichbehandlung nicht aufgrund kommerzieller Interessen erfolgt – das sei aber der Fall. Dieselbe Meinung vertrat der EuGH auch in den beiden Verfahren rund um den „Vodafone Pass“. Wegen der Unvereinbarkeit mit der Netzneutralität sah der EuGH davon ab, darüber hinausgehend noch auf die Einzelheiten der deutschen Verfahren, wie zum Beispiel das Tethering, einzugehen. Die Unzulässigkeit dieser Details ergebe sich bereits daraus, dass das Zero-Rating generell mit der TSM-VO und damit der Netzneutralität unvereinbar sei.

VII. Folgen der EuGH-Entscheidung

Nach der Verkündung der Urteile des EuGH äußerten sich Telekom und Vodafone recht verhalten. Seitens der Telekom verwies man darauf, dass „StreamOn“ schon längst nicht mehr dem Angebot entspreche, das den Gegenstand des Verfahrens

bildet. Zum Beispiel könne man „StreamOn“, ebenso wie den „Vodafone Pass“, nun auch im EU-Ausland nutzen. Allerdings erkannte man auch, dass die Antworten des EuGH das Zero-Rating generell infrage gestellt haben. Die Telekom folgerte daraus, dass der Gesetzgeber tätig werden müsse.³ Wegen der offensiv formulierten Antworten des EuGH liegt allerdings die Schlussfolgerung näher, dass Zero-Rating-Angebote, wie „StreamOn“ und „Vodafone Pass“, generell unzulässig sind. Es bleibt abzuwarten, wie die deutschen Gerichte mit den Antworten des EuGH umgehen und auf dieser Grundlage die Rechtsstreitigkeiten entscheiden.

VIII. Fazit und Ausblick

Ogleich die TSM-VO nur auf Anbieter öffentlicher Kommunikationsdienste anwendbar ist, sollten sich auch Hochschulen und andere wissenschaftliche Einrichtungen der Bedeutung der Netzneutralität bewusst sein. Mit ihr wird ein gleichberechtigter Zugang zum Internet gewährleistet, der in einer digitalisierten Welt elementar ist. Es ist von fundamentaler Bedeutung, dass die Netzneutralität gesetzlich gewährleistet wird, damit auch auf die großen Unternehmen, wie Google oder Amazon, Druck ausgeübt wird. Hierbei sollte man sich vergegenwärtigen, dass diesen Unternehmen heutzutage mehr als die Hälfte der Untersee-Internetkabel gehören und sie somit beeinflussen können, welche Daten mit welcher Geschwindigkeit übertragen werden.⁴ Da die Netzneutralität unter der Trump-Regierung weitgehend aufgehoben wurde, ist zu hoffen, dass sie nun schnellstmöglich wiederhergestellt wird. In Europa tritt jedenfalls der EuGH für einen gleichberechtigten Zugang zum Internet ein und sendet damit ein unmissverständliches Signal.

³ Siehe zu den Stellungnahmen von Vodafone und Telekom Briegleb, heise online v. 2.9.2021, abrufbar unter go.wwu.de/furur.

⁴ Siehe hierzu Satariano, New York Times v. 10.3.2019, abrufbar unter go.wwu.de/6cjw1.

Ich weiß, dass ich nichts weiß

Das Oberlandesgericht Dresden stellt fest, dass die negative DSGVO-Auskunft ausreichend für die Erfüllung des Auskunftsanspruchs nach vorhergegangener Löschung ist

von *Nicolas John*

Das Oberlandesgericht (OLG) Dresden entschied mit Urteil vom 31. August 2021 (Az.: 4 U 324/21), dass die Auskunftspflicht des Verantwortlichen aus Art. 15 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) erfüllt sei, wenn der betroffenen Person mitgeteilt wird, dass die personenbezogenen Daten nicht mehr im Besitz des Verantwortlichen seien. Darüber hinaus thematisierte das Gericht Aspekte der datenschutzrechtlichen Einwilligung durch schlüssiges Handeln im Rahmen des Schadensersatzanspruches nach der DSGVO.

I. Hintergrund

Viele aktuelle Rechtsstreitigkeiten im Datenschutzrecht drehen sich um die Betroffenenrechte und Schadensersatzansprüche aus der DSGVO. Insbesondere die Auskunftspflicht des Verantwortlichen nach Art. 15 DSGVO steht hier oftmals im Zentrum aktueller Entscheidungen.¹ Das ist auch nicht weiter verwunderlich, denn sie ist das zentrale Instrument betroffener Personen, um Informationen über vorgenommene Datenverarbeitungen sie betreffender personenbezogener Daten zu erhalten. Aufgrund dieser Informationen können anschließend gegebenenfalls weitere Schritte vorgenommen werden, wie zum Beispiel dem Verlangen eines Schadensersatzes wegen Verstoßes gegen die Vorschriften der DSGVO.

Daher sieht Art. 15 Abs. 1 DSGVO zunächst das Recht der betroffenen Person vor, von dem Verantwortlichen eine Bestätigung darüber zu verlangen, ob sie betreffende personenbezogene Daten verarbeitet werden. Ist dies der Fall, hat sie anschließend das Recht auf Auskunft über diese personenbezogenen Daten sowie der Verarbeitungsumstände, welche in Art. 15 Abs. 1 DSGVO benannt werden.² Darunter fallen zum Beispiel die Nennung der Verarbeitungszwecke, der Empfänger,

gegenüber denen die personenbezogenen Daten offengelegt wurden oder die Speicherdauer dieser Daten.

Im Falle der Wahrnehmung des Auskunftsrechts hat der Verantwortliche der betroffenen Person kostenfrei eine Kopie der personenbezogenen Daten, die Gegenstand der Verarbeitung sind, zur Verfügung zu stellen.

Wie weit dieser Umfang aber genau bei der vorangegangenen Löschung von personenbezogenen Daten geht, ist gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt. Über diese Frage stritten sich die Parteien eines Gerichtsverfahrens vor dem OLG Dresden.

II. Sachverhalt

Die klagende Partei hatte 2018 bei der Beklagten einen Laptop mit drei Jahren Garantie gekauft. Nachdem es 2020 zu einem Defekt an dem Gerät kam, schickte der Kläger den Laptop für eine Reparatur an die Beklagte. Auf der Festplatte des Laptops befanden sich zu diesem Zeitpunkt noch personenbezogene Daten des Klägers. Im Rahmen der Rücksendung wies die Beklagte darauf hin, dass der Kläger für die Sicherung der auf dem Laptop befindlichen Daten selbst zuständig sei und eine Datensicherung durch die Beklagte nicht möglich sei. Zudem könne es für die Reparatur erforderlich sein, dass die Festplatte des Gerätes gelöscht oder ausgetauscht werden müsse. Die Übersendung des Gerätes an die Beklagte nahm der Kläger ohne Reaktion auf diese Hinweise vor.

¹ Zum Beispiel Uphues, (No) Return to Sender, DFN-Infobrief Recht 12/2020; John, Mein Name ist Hase, ich weiß von nichts, DFN-Infobrief Recht 6/2020.

² Vertiefend zum Umfang des Auskunftsanspruchs: Uphues, (No) Return to Sender, DFN-Infobrief Recht 12/2020.

Der Laptop wurde sodann von der Beklagten repariert und der Kläger erhielt das Gerät schließlich mit einer neuen Festplatte. Auf dieser waren die personenbezogenen Daten des Klägers nicht mehr gespeichert.

Aufgrund dieses Umstandes verlangte der Kläger bei der Beklagten Auskunft darüber, ob und welchen Personen die auf der ursprünglich eingebauten Festplatte gespeicherten Daten offengelegt wurden. Die Beklagte teilte dem Kläger daraufhin mit, dass sie die personenbezogenen Daten auf der Festplatte nicht ausgelesen habe und nicht mehr im Besitz der eingesandten Festplatte sei. Daher habe sie keinen Zugriff mehr auf die Daten. Im Laufe des Gerichtsverfahrens konnte nicht abschließend geklärt werden, ob die Festplatte bei der Beklagten vor Ort vernichtet oder an den Hersteller zur Zerstörung zurückgesandt wurde. In jedem Fall hatte sie keinen Zugriff auf mögliche personenbezogene Daten des Klägers.

Mit der Ansicht, dass die erteilte Auskunft der Beklagten nicht ausreichend sei, wandte sich der Kläger zunächst an das Landgericht (LG) Chemnitz. Neben dem Auskunftserteilungsanspruch verlangte er einen Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO in Höhe von mindestens 10.000 Euro. Da ihm das LG Chemnitz mit Urteil vom 8. Februar 2021 (Az.: 5 O 1041/20) nicht Recht gab, wandte er sich vor dem OLG Dresden mit seiner Berufung gegen das Urteil des Landgerichts.

III. Entscheidung

Das OLG Dresden wies die Berufung des Klägers vollumfänglich zurück. Die Erteilung der Auskunft der Beklagten sei vollständig erfolgt und die Voraussetzungen für einen Schadensersatz nach der DSGVO lägen nicht vor.

1. Auskunftsanspruch

Mit der Erklärung, dass die Beklagte die Festplatte nicht mehr in ihrem Besitz habe und die darauf gespeicherten Daten nicht ausgelesen habe, sei sie als Verantwortliche dem Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO ausreichend nachgekommen. Weitere Auskünfte seien nicht geschuldet. Unter Bezugnahme auf Ausführungen des Bundesgerichtshofs (BGH) ist ein Auskunftsanspruch nach Ansicht des OLG Dresden erfüllt, wenn die Angaben nach dem erklärten Willen des Schuldners die

Auskunft im geschuldeten Gesamtumfang darstellen. Werde die Auskunft in dieser Form erteilt, stehe ihre etwaige inhaltliche Unrichtigkeit einer Erfüllung nicht entgegen. Der Verdacht, dass die erteilte Auskunft unvollständig oder unrichtig sei, könne einen Anspruch auf Auskunft in weitergehendem Umfang nicht begründen. Wesentlich für die Erfüllung des Auskunftsanspruchs sei allein die - gegebenenfalls konkludente - Erklärung des Auskunftsschuldners, dass die Auskunft vollständig ist.³ Im vorliegenden Sachverhalt könne die Beklagte eindeutig nicht mehr auf die personenbezogenen Daten des Klägers zugreifen. Eine weitergehende Auskunft als die vorgenommene negative Verarbeitungsbestätigung sei daher nicht erforderlich.

2. Schadensersatzanspruch

Einen Anspruch auf Schadensersatz⁴ habe der Kläger mangels Vorliegen der Voraussetzungen aus Art. 82 DSGVO ebenfalls nicht.⁵ Es fehle schon an einem Verstoß gegen die Vorschriften der DSGVO. Zwar liege eine Verarbeitung wahlweise mit der Vernichtung der Festplatte vor Ort oder des Versands des Datenträgers an den Hersteller zum Zwecke der Zerstörung vor. Die mit der Vernichtung einhergehende Löschung der personenbezogenen Daten stelle in jedem Fall eine Datenverarbeitung nach der DSGVO dar. Die Zerstörung der Festplatte war auch nicht vertraglich oder sonst rechtlich erforderlich.

Doch habe der Kläger konkludent, das heißt durch schlüssiges Handeln, in die Datenlöschung eingewilligt. Denn er übersandte die Festplatte nach dem Hinweis der Beklagten, dass es vorkommen könne, das im Zuge der Reparatur die Festplatte gelöscht oder getauscht werden müsse und nahm so die Garantieleistung der Beklagten in Anspruch. Eine ausdrückliche Einwilligung sei nach Ansicht des Gerichts nicht erforderlich. Dies bestätige auch Erwägungsgrund 32 der DSGVO, welcher statuiert, dass die Einwilligung mittels einer eindeutigen bestätigenden Handlung erfolgt, die bekundet, dass die betroffene Person unmissverständlich mit der Datenverarbeitung einver-

³ OLG Dresden, Urteil vom 31.08.2021, Az.: 4 U 324/21, Rn. 18.

⁴ Zum Schadensersatzanspruch des Art. 82 DSGVO: Uphues, Steh zu deinen Fehlern oder es kommt dir teuer zu stehen, DFN-Infobrief Recht 4/2021; John, Data Wars: Der Betroffene schlägt zurück, DFN-Infobrief Recht 10/2020.

⁵ Zur Beweislastverteilung bei Art. 82 DSGVO: Uphues, Unbewiesen, abgewiesen, DFN-Infobrief Recht 6/2021.

standen ist. Dies könne durch eine „Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert“.⁶ Nach Ansicht des OLG Dresden dürfen an die Unmissverständlichkeit bei Massengeschäften wie Gewährleistungsansprüchen keine überzogenen Anforderungen gestellt werden.⁷ Aufgrund der Einwilligung des Klägers sei die Löschung rechtmäßig erfolgt und ein Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO ausgeschlossen.

IV. Fazit für Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Für Hochschulen und Forschungseinrichtungen bedeutet das Urteil wieder ein Stückchen mehr Rechtssicherheit. Denn im Falle einer vorangegangenen Löschung von personenbezogenen Daten muss bei einem Auskunftsgesuch einer betroffenen Person lediglich darüber Auskunft erteilt werden, dass die personenbezogenen Daten nicht mehr vorhanden sind und gelöscht wurden. Eine darüber hinausgehende Auskunft über vergangene Datenverarbeitungen ist nach derzeitigem Stand der juristischen Literatur nicht vorzunehmen.⁸ Es ist aber darauf hinzuweisen, dass eine Löschung der Daten nach Eingang eines Auskunftersuchens der betroffenen Person nicht dazu führen kann, dass der Umfang der Auskunftspflicht auf die Löschung reduziert wird. Bei einem solchen Vorgang ist der Zeitpunkt des Auskunftersuchens maßgeblich.

Darüber hinaus zeigt die Entscheidung nochmals anschaulich die Voraussetzungen einer konkludenten Einwilligung der betroffenen Person auf und stellt anhand des praktischen Beispiels dar, wie eine solche Einwilligung aussehen und wann von einer solchen ausgegangen werden kann.⁹

⁶ DSGVO Erwägungsgrund 32, S. 2.

⁷ Vertiefende Beiträge zur datenschutzrechtlichen Einwilligung: Fischer, Ja, ich will!, DFN-Infobrief Recht 3/2020; Mörike, Anweisung vom Chef: Willige ein!, DFN-Infobrief Recht 2/2019; Baur, Wunderwaffe oder Notnagel?, DFN-Infobrief Recht 12/2018.

⁸ BeckOK DatenschutzR/Schmidt-Wudy, DS-GVO Art. 15 Rn. 52.2; Kühling/Buchner/Bäcker, DS-GVO Art. 15 Rn. 8a; Paal/Pauly, DS-GVO Art. 15 Rn. 23.

⁹ Detailliert zur konkludenten Einwilligung: Fischer, Ja, ich will!, DFN-Infobrief Recht 3/2020.

Impressum

Der DFN-Infobrief Recht informiert über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und daraus resultierende mögliche Auswirkungen auf die Betriebspraxis im Deutschen Forschungsnetz.

Herausgeber

Verein zur Förderung eines Deutschen Forschungsnetzes e. V.

DFN-Verein

Alexanderplatz 1, D-10178 Berlin

E-Mail: DFN-Verein@dfn.de

Redaktion

Forschungsstelle Recht im DFN

Ein Projekt des DFN-Vereins an der WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Zivilrechtliche Abteilung

Unter Leitung von Prof. Dr. Thomas Hoeren

Leonardo-Campus 9

D-48149 Münster

E-Mail: recht@dfn.de

Nachdruck sowie Wiedergabe in elektronischer Form, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des DFN-Vereins und mit vollständiger Quellenangabe.