

VERANTWORTUNG VON ONLINE- PLATTFORMEN

EIN PLÄDOYER FÜR FUNKTIONSZENTRIERTE VERKEHRSPFLICHTEN

von

Professorin Dr. Louisa Specht-Riemenschneider

Professor Dr. Franz Hofmann, LL.M.

Gefördert durch:



Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

A. Einleitung	5
I. Akzentverschiebungen bei der Plattformhaftung	5
II. Digital Service Act (DSA)	8
III. Fragestellung des Gutachtens	11
IV. Gang der Darstellung	13
B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse/Executive Summary	15
C. Hauptteil	19
Teil 1: Bestandsaufnahme	19
I. Ausgangslage	19
1. Rechtsdurchsetzung durch Private	19
2. Kennzeichen der Plattformhaftung	20
3. Komplexe Interessenlage	21
a) Effektiver Rechtsschutz	22
b) Unternehmerische Freiheit	22
c) Verbraucherbedürfnisse	23
4. Problem des Prognoserisikos	25
5. Interessengerechte materielle Rechtsregeln	26
II. Kritische Einführung in den europäischen Rechtsrahmen	27
1. Begrenzte Zahl an expliziten Haftungsnormen	27
a) Recht des geistigen Eigentums	28
(1) Rechtsrahmen	28
(2) Nationale Umsetzung in Deutschland	28
(3) Reichweite gerichtlicher Anordnungen	30
(4) Grenzen gerichtlicher Anordnungen	32
(aa) More technological approach	32
(bb) Unionsrechtliche Rechtsgrundsätze zur Haftungsbeschränkung	33
b) Recht gegen den unlauteren Wettbewerb	34
c) Schutz der Persönlichkeit	34
2. Haftungsprivilegierungen aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL	35
a) Anwendbarkeit	36

(1) Allgemeine Grundsätze	36
(2) „Good Samaritan Paradox“	37
(aa) Einführung	37
(bb) Handhabung im deutschen Recht	38
(3) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?	39
b) Hosting	41
(1) Einführung	41
(2) Notice and take down-Verfahren	42
c) Reine Durchleitung	43
d) Caching	43
e) Keine vollumfängliche Haftungsfreistellung	44
f) Verbot allgemeiner Überwachungspflichten	45
(1) Proaktive Pflichten	46
(2) Nachlaufende Pflichten	47
3. Subjektive Nutzerrechte	48
4. Trend: Ausweitung der Täterhaftung	49
a) Urheberrecht	49
b) Datenschutzrecht	51
c) Markenrecht	51
d) Lauterkeitsrecht	52
5. Bedeutung allgemeiner unionsrechtlicher Rechtsgrundsätze einschließlich der Unionsgrundrechte	53
a) Prinzipien der Haftungsbegrenzung	53
b) Interessengerechte Plattformpflichten als allgemeiner Grundsatz	55
6. Zusammenfassende Bewertung	56
III. Kategorien und Funktionen des Plattformhandelns	59
1. Formal kategorie-orientierte Unterscheidung zwischen Verletzer und Mittelsperson	59
2. Funktionszentrierte Regulierung der Mittelung von Fremdinhalten	62
a) Transaktionsmittelnde Funktionen	63
b) Informationsmittelnde Funktionen	63

c) Interaktionsmittelnde Funktionen	63
3. Ausdifferenzierung der Interaktionsmittelungsfunktion	64
Teil 2:	65
I. Optionen der Plattformverantwortlichkeit	65
1. Ausgangslage	65
2. Option 1: Vollumfängliche Nicht-Verantwortlichkeit	67
3. Option 2: Vollumfängliche Verantwortlichkeit	67
4. Option 3: Mittelbare Verantwortlichkeit im Falle der Verletzung von Verkehrspflichten	68
a) Grundgedanke: Modifizierte Haftung	68
b) Haftung für Verkehrspflichtverletzung als vorhandenes Element im Unionsrecht	70
c) Mittelbare Verantwortlichkeit als Gedanke im nationalen Recht	71
d) Verkehrspflichten als Grundbaustein sämtlicher Haftungskonzepte	72
II. Bausteine der Vielfaltsicherung: Verkehrspflichten von Plattformen und materiell-rechtliche Gewährleistungen	73
1. Verkehrspflichten als dogmatischer Grundbaustein der Intermediärhaftung	74
2. Kodifikation von Verkehrspflichten oder richterrechtliche Ausgestaltung?	75
3. Allgemeine Parameter	76
4. Funktionszentrierte Zuweisung von Verkehrspflichten	79
a) Analyse der durch die Rechtsprechung statuierten Verkehrspflichten	80
(1) Hinweis auf die Rechtsverletzung	81
(2) Anforderungen an die Prüfung der Rechtsverletzung: Verfahrensvorgaben	81
(3) Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen	83
(4) Verhinderung weiterer identischer oder kerngleicher Rechtsverletzungen	84
b) Strukturierung, Ausdifferenzierung und Ergänzung der Verkehrspflichten	85
(1) Allgemeine Verkehrspflichten	85
(aa) Ex ante-Verkehrspflichten	85
(aaa) Pre-Flagging und delayed Takedown	85
(bbb) „Second-Chance“-Flagging	86
(ccc) Anforderungen an den Gebrauch von Filtern	86
(ddd) Designpflichten	88

(bb) Ex post-Verkehrspflichten	89
(aaa) „Notice and negotiation Verfahren“	89
(bbb) Unterwerfung unter außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen	92
(ccc) Begleitmaßnahme: Auskunftsanspruch	94
(ddd) Befolgung der durch die zentrale Aufsichtsbehörde auferlegten Maßnahmen	95
(2) Besondere Verkehrspflichten	95
(aa) Besondere Verkehrspflichten für die kommerzielle Mittelung von Kommunikation	95
(bb) Besondere Verkehrspflichten für die Mittelung kommerzieller Kommunikation	97
5. Materiell-rechtliche Gewährleistungen	98
a) Subjektive Nutzerrechte	98
b) Transparenz- und Berichtspflichten	100
c) Verpflichtung zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten	101
D. Handlungsmaximen	101

A. Einleitung

I. Akzentverschiebungen bei der Plattformhaftung

Auch wenn das „Neuland“¹ Internet zunehmend erkundet wird, sind die Regeln des modernen Internets mitnichten abschließend ausgehandelt. Allen voran die privatrechtliche Verantwortung von Online-Plattformen für vermittelte Drittinhalte (Plattformhaftung)² ist im weiten Feld der „Plattformregulierung“ nach wie vor nicht befriedigend geklärt. Erschwerend kommt hinzu, dass die maßgeblichen Rechtsakte in der Frühphase des kommerziellen Internets verabschiedet wurden.³ Im heutigen Internet spielen nun aber marktmächtige, international agierende Plattformen eine zentrale Rolle („Plattformökonomie“).⁴ Akteure wie Amazon, Facebook, Google oder Twitter beherrschen den weltweiten Plattformmarkt. Selbst kleinere, national ausgerichtete Plattformen wie beispielsweise jameda haben in ihren jeweiligen Nischen dominante Rollen. Als Intermediäre vermitteln all diese Plattformen Zugang zu Informationen, erlauben Transaktionen⁵ und ermöglichen weitreichende Interaktionen.⁶ Plattformen erweisen sich dabei als Fluch und Segen zugleich:⁷ Einerseits eröffnen sie Zutritt zu einer Fülle von Inhalten unterschiedlichster Art und schaffen weitreichende Partizipationsmöglichkeiten für Nutzer.⁸ Sie sind die Makler für eine neue bunte Welt. Andererseits begründen diese Intermediäre die Voraussetzungen für die Missachtung von Rechtsregeln, namentlich die (massenhafte) Verletzung von Rechten Dritter. Über Plattformen werden zwar innovative Geschäftsmodelle in Gang gesetzt, ihre Gewinne werden aber mitunter auf Kosten Dritter erzielt. Auch wenn über Plattformen schier grenzenlose Zugangs- und Mitwirkungsmöglichkeiten geschaffen werden, droht zugleich Manipulation und Beeinflussung.⁹

Die Plattformregulierung einschließlich der Entwicklung von Rechtsregeln zur Plattformhaftung (also der Verantwortlichkeit für vermittelte Drittinhalte) bewegt sich dabei in einem äußerst dynamischen Umfeld. Technik und Geschäftsmodelle wandeln sich mit rasanter Geschwindigkeit.

¹ „Das Internet ist für uns alle Neuland“, Angela Merkel auf einer Pressekonferenz in Berlin am 19.6.2013.

² Dazu näher u. C. Teil I I. 2.

³ Insbesondere die E-Commerce-RL (RL 2000/31/EG) aus dem Jahr 2000.

⁴ *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020; *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1; *Busch*, GRUR 2019, 788; *Körber*, ZUM 2017, 93; *Grünberger*, ZUM 2017, 89.

⁵ *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 307 ff.

⁶ *Specht-Riemenschneider*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_Stellungnahme_Regulierung_Plattformfunktionalit%C3%A4ten.pdf, zuletzt abgerufen am 12.10.2020; vgl. *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 307 ff., 310 ff. (marktfördernde Plattformen, Informationsplattformen).

⁷ *Ohly*, ZUM 2015, 308.

⁸ Im vorliegenden Gutachten wird aus Gründen der besseren Lesbarkeit das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten sind dabei ausdrücklich mitgemeint.

⁹ *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220.

Vor allem die Entwicklungen im Bereich künstlicher Intelligenz lassen erwarten, dass sich dieser Wandel fortsetzt, wenn nicht gar verschärft. Hinzu kommt ein komplexes Interessengeflecht. Mehrpersonenverhältnisse sind anders als in der analogen Welt die Regel.¹⁰ Es sind die vielfach konfligierenden Interessen von Plattformen, inhalts anbietenden Nutzern und solchen Nutzern, deren Rechte von Dritten über Plattformen verletzt werden können, zu berücksichtigen. Selbst die Nutzergruppe ist also heterogen: Ihre Interessen können auseinanderfallen, je nachdem, ob sie als Konsumenten oder Produzenten Plattformen nutzen. Nicht selten bestehen Mischformen („Prosument“). Allgemeininteressen wie die Aufrechterhaltung des Vertrauens in die Effektivität der Rechtsdurchsetzung oder die Funktionsfähigkeit des Internets müssen ebenfalls im Auge behalten werden.

Der europäische Gesetzgeber und die Rechtsprechung haben beim Ausgleich dieser Interessen mit Blick auf die Plattformhaftung in unterschiedlichen Phasen unterschiedliche Akzente gesetzt. In der Frühphase des kommerziellen Internets war der Gesetzgeber darauf bedacht, neuartige Geschäftsmodelle nicht über strikte Haftungsregelungen im Keim zu ersticken.¹¹ Die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs in der Informationsgesellschaft sollte ausweislich von Erwägungsgrund 2 der E-Commerce-RL (RL 2000/31/EG) erhebliche Beschäftigungsmöglichkeiten in der Gemeinschaft, insbesondere in kleinen und mittleren Unternehmen hervorbringen. Sie sollte das Wirtschaftswachstum sowie die Investitionen in Innovationen der europäischen Unternehmen anregen. Über die rechtsgebietsübergreifend gültigen Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-RL sollte gewährleistet werden, dass sich junge Unternehmen mit neuen Geschäftsmodellen im Binnenmarkt etablieren können.¹² Der Gesetzgeber privilegierte Hosting, Caching und die Zugangsvermittlung (Art. 12 ff. E-Commerce-RL). Vor allem wurde ein Verbot allgemeiner Überwachungspflichten für Diensteanbieter statuiert (Art. 15 E-Commerce-RL). Dieser recht allgemein gehaltene Rechtsrahmen war und ist indes stark auslegungsbedürftig.

In einer zweiten Phase stand der Gedanke der Durchsetzung von Rechten Dritter im Vordergrund. Über die Regeln der Enforcement-RL (RL 2004/48/EG) sowie der InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG) wurden Haftungsregelungen zulasten der Plattform entwickelt, sodass Personen, die über Plattformen in ihren Rechten verletzt wurden (typischerweise die Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums), effektiver Rechtsschutz zukam. Erinnerung sei an die Debatte um ein Anti-

¹⁰ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329, 335 ff.; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 894 („Eine explosionsartige Vermehrung von Intermediären hat erst das Internet mit sich gebracht.“).

¹¹ Vgl. *Ohly*, ZUM 2015, 308, 310, 313.

¹² Vgl. *F. Hofmann*, GRUR 2018, 21, 27 f.

Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) zur Bekämpfung von Produktpiraterie. Diese Entwicklung gipfelte mit Blick auf das Urheberrecht in der „value gap“-Diskussion, wonach Urheberrechtsinhaber zu wenig an den über Plattformen mit urheberrechtlich geschützten Content erwirtschafteten Erlösen beteiligt würden.¹³ Im nationalen Recht sind Rechtsakte wie das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)¹⁴ Ausdruck der Bestrebung, Recht auch im Internet hinreichend effektiv durchzusetzen. Auf europäischer Ebene ist ferner der Vorschlag für eine Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte¹⁵ und die Reform der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (RL (EU) 2018/1808) zu nennen.¹⁶ Diese Phase war geprägt durch die Statuierung und Ausdifferenzierung von Löschungs- und Filterverpflichtungen.

In einer dritten, aktuellen Phase rücken die Rechte von Nutzern in den Vordergrund. Die Einsicht, dass gesetzliche Rechtsdurchsetzungsverpflichtungen der Plattformen vielfach zulasten der Internetnutzer gehen, spiegelt sich – verstärkt durch Proteste der „Netzgemeinde“ – zunehmend im Rechtsrahmen der Plattformhaftung. Hinter den Schlagworten „overenforcement“, „overblocking“ oder „chilling-Effects“ steht die Überlegung, dass vielfach auch rechtmäßige Inhalte zu „Löschungsoffern“ werden.¹⁷ Wird die Plattform auf einen (vermeintlich) rechtswidrigen Inhalt hingewiesen („false positive“), löscht die Plattform tendenziell den Inhalt vorsichtshalber, um das Risiko der eigenen Haftung zu minimieren. Dies berührt nicht nur die Kommunikationsfreiheiten von aktiven Nutzern, sondern auch die Informationsfreiheit passiver Nutzer. Als Konsequenz wurde mehr und mehr überlegt, wie diesem „overenforcement“ oder „overblocking“ beigegeben werden kann.¹⁸ Die Überlegungen reichen beispielsweise von *put back*-Ansprüchen¹⁹ über die Etablierung von Nutzerrechten²⁰ bis zu einer weitergehenden staatlichen Überwachung der plattforminternen Lösch- und Sperrverfahren.²¹ Höhepunkt ist insoweit Art. 17 DSM-RL (RL (EU) 2019/790), der (was in der Kritik vielfach untergeht) erstmalig jedenfalls in unionskonformer

¹³ *Leistner/Metzger*, IIC 2017, 381; kritisch *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327; *Nolte*, ZUM 2017, 304; zur Debatte *F. Hofmann*, GRUR 2018, 21, 27 ff.

¹⁴ BGBl. I, 2017, S. 3352.

¹⁵ COM(2018) 640 final; s. a. Art. 25 RL 2011/93/EU („Maßnahmen gegen Websites, die Kinderpornografie enthalten oder verbreiten“); zu „soft law“: Empfehlung der Kommission vom 1.3.2018 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, COM(2018) 1177 final; COM(2017) 555 final; EU code of conduct on countering illegal hatespeech online, 2016.

¹⁶ Art. 28b n. F. RL 2010/13/EU.

¹⁷ Vgl. *Friehe*, NJW 2020, 1697; *Nolte*, ZUM 2017, 552; *Becker*, ZUM 2019, 636; *Liesching*, MMR 2018, 26, 27; *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 100; *F. Hofmann*, ZUM 2017, 102; *ders.*, ZUM 2018, 641, 648; *Kastl*, GRUR 2016, 671.

¹⁸ Unter anderen *Specht*, ZUM 2017, 114; *F. Hofmann*, ZUM 2017, 102.

¹⁹ *Raue*, JZ 2018, 961.

²⁰ *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/06/23/2020-06-12-specht-final-art_17.pdf, S. 88 ff., zuletzt abgerufen am 12.10.2020.

²¹ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 447, 452 ff.

Auslegung²² weitreichende Nutzerrechte und verfahrensrechtliche Absicherungen derselben garantiert.²³ Diese Regelung bezieht sich indes nur auf Urheber- und Leistungsschutzrechte, könnte aber punktuell als positive Blaupause für die Gewährleistung von Nutzerrechten dienen.²⁴

II. Digital Service Act (DSA)

Der europäische Gesetzgeber plant nun mit dem Digital Service Act (DSA) eine grundlegende Neuordnung der Plattformhaftung. Die Rede ist gar von einem „Plattformgrundgesetz“.²⁵ Im Mittelpunkt steht ein Update der E-Commerce-RL. Noch Ende 2020 soll ein Vorschlag für eine neue Verordnung präsentiert werden. Erst dann kann der europäische Gesetzgebungsprozess beginnen. Eine den Gesetzgebungsprozess unterstützende Konsultation von Interessenvertretern, die vom 2. Juni 2020 bis zum 8. September 2020 andauerte und im Wesentlichen zu den Themen Online-Sicherheit, Haftung, Marktbeherrschung, Online-Werbung und intelligente Verträge, Online-Selbstständigkeit sowie zu einem möglichen zukünftigen Governance-Rahmen für Online-Dienste geführt wurde, ist noch nicht veröffentlicht.

Veröffentlicht sind aber bereits einige im Vorfeld des Konsultationsprozesses entstandene vorbereitende Positionspapiere der verschiedenen Ausschüsse (Rechtsausschuss, Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres), im Vorfeld der Konsultation vom IMCO-Committee²⁶ beauftragte Gutachten, das Positionspapier der D9+ Gruppe sowie das EDRI-Positionspapier. Diese Positionspapiere stecken die Eckpfeiler einer aus ihrer Sicht angemessenen Regulierung digitaler Plattformen ab und nehmen maßgeblichen Einfluss auf den Verordnungstext. Das vorliegende Gutachten wird viele der in den Positionspapieren identifizierten Handlungsbedarfe aufgreifen, vertiefen und ausdifferenzieren, weshalb die in den Positionspapieren formulierten wesentlichen Forderungen nachfolgend zusammenfassend dargestellt werden sollen.

Wesentlich ist vor allem die Forderung, am System der beschränkten Haftung der E-Commerce-RL jedenfalls im Grundsatz festzuhalten, d. h. Plattformen von einer Haftung freizustellen, wenn

²² F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 622; ders., GRUR 2019, 1219, 1227; Specht-Riemenschneider, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittler Plattformfunktionalitäten, S. 41; dies., Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 85.

²³ F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 622; auch im NetzDG ist aber vorgesehen, dass die Überprüfung streitigen Contents durch eine unabhängige außergerichtliche Stelle vorgenommen werden kann, vgl. § 3 Abs. 2 Nr. 3b) NetzDG, § 3c NetzDG-E.

²⁴ Wagner, GRUR 2020, 447, 451 (Art. 17 Abs. 9 UAbs. 1 DSM-RL werde sich noch „als wertvoll und zukunftssträchtig erweisen“).

²⁵ <https://netzpolitik.org/2020/eu-plattformgrundgesetz-digital-services-act/> (zuletzt aufgerufen am 22.10.2020).

²⁶ Committee on the Internal Market and Consumer Protection.

bestimmte Bedingungen eingehalten werden,²⁷ gleichzeitig aber verpflichtend vorzugeben, dass Plattformen Nutzern eine Möglichkeit bieten müssen, potentiell unrechtmäßige Inhalte zu melden sowie strenge Transparenzvorgaben einzuhalten.²⁸ Gefordert wird einerseits, Verfahrensvorgaben, die freilich verhältnismäßig sein müssen,²⁹ für die Content-Moderation sowie für die Entfernung und Beibehaltung von Inhalten vorzugeben.³⁰ Andererseits sollen außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen für die Content-Moderation, die heute jedenfalls nach deutschem Recht im Wesentlichen durch die Plattformen vorgenommen wird und gerichtlicher Überprüfung zugänglich ist, vorzusehen sein.³¹ Jedenfalls wären die derzeitigen Bestimmungen über außergerichtliche Streitbeilegung und Gerichtsverfahren zu stärken oder zu „modernisieren“, „um eine wirksame Durchsetzung und einen wirksamen Rechtsschutz für Verbraucher zu ermöglichen“.³² Gleichzeitig muss der Pflichtenkatalog aber natürlich verhältnismäßig sein.³³ Die

²⁷ *D9+ Non-Paper on the creation of a modern regulatory framework for the provision of legal services in the EU*, S. 2; *European Digital Rights, Platform Regulation Done Right*, EDRi Position Paper on the EU Digital Services Act, S. 4; a. A. *Smith*, *Enforcement and cooperation between Member States, E-Commerce and the future Digital Services Act Policy*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 32; *Nordemann*, *The functioning of the Internal Market for Digital Services: responsibilities and duties of care of providers of Digital Services*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 46; für eine Ausweitung der Haftungsprivilegierungen auch auf „aktive“ Plattformen *Sartor*, *New aspects and challenges in consumer protection Digital services and artificial intelligence Policy*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 35; kritisch: *Schulte-Nölke et al*, *The legal framework for e-commerce in the Internal Market, State of play, remaining obstacles to the free movement of digital services and ways to improve the current situation*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 37.

²⁸ *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, *Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI))*, S. 7 f., 10, 13 f.; *Smith*, *Enforcement and cooperation between Member States, E-Commerce and the future Digital Services Act Policy*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 32; beschränkt auf große Plattformen: *European Digital Rights, Platform Regulation Done Right*, EDRi Position Paper on the EU Digital Services Act, S. 4.

²⁹ *D9+ Non-Paper on the creation of a modern regulatory framework for the provision of legal services in the EU*, S. 2; *Rechtsausschuss*, *Entwurf eines Berichts mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Anpassung der handels- und zivilrechtlichen Vorschriften für online tätige Unternehmen (2020/2019(INL))*, Art. 15 f.; *Schulte-Nölke et al*, *The legal framework for e-commerce in the Internal Market, State of play, remaining obstacles to the free movement of digital services and ways to improve the current situation*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 39.

³⁰ *Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz*, *Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zu dem Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL))*, S. 10, 36 f.; *Rechtsausschuss*, *Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Anpassung der handels- und zivilrechtlichen Vorschriften für online tätige Unternehmen (2020/2019(INL))*, Art. 4 ff.; *Smith*, *Enforcement and cooperation between Member States, E-Commerce and the future Digital Services Act Policy*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 32; *Stellungnahme des Rechtsausschusses für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL))*, Ziffer 3.

³¹ *European Digital Rights, Platform Regulation Done Right*, EDRi Position Paper on the EU Digital Services Act, S. 4; *Streel/Husovec*, *The e-commerce Directive as the cornerstone of the Internal Market*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 49; ablehnend aber wohl: *Stellungnahme des Rechtsausschusses für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL))*, Ziffer 5.

³² *Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz*, *Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zu dem Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL))*, S. 27.

³³ *Schulte-Nölke et al*, *The legal framework for e-commerce in the Internal Market, State of play, remaining obstacles to the free movement of digital services and ways to improve the current situation*, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 39.

Inhalte der Pflichten sollen möglichst konkret sein.³⁴ Sie sollen „ausdrücklich genannt werden“, statt den Plattformanbietern eine „allgemeine Sorgfaltspflicht aufzuerlegen“.³⁵ Technische Details könnten aber den Europäischen Normungsorganisationen (CEN, CENELEC and ETSI) überlassen werden.³⁶ Gefordert wird außerdem, Plattformen mehr Transparenz abzuverlangen,³⁷ so z. B. ganz konkret, Berichte zu veröffentlichen, die politische Entscheidungsträger, Regulierungsbehörden und Nutzer darüber informieren, wie sie Online-Inhalte kuratieren, moderieren sowie entfernen und wie sie es ihren Kunden ermöglichen, Online-Werbung gezielt einzusetzen.³⁸ Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) sollen für den Nutzer transparent, nachvollziehbar und fair sein.³⁹ Auch ein verpflichtendes Plattform-Design wird vorgeschlagen.⁴⁰ Diese Pflichten sollen von einer europäischen Aufsichts-/Regulierungsbehörde überwacht⁴¹ und ein Verstoß mit Geldbußen bedroht werden.⁴² Als wesentlich wird auch die Einführung von Nutzerrechten zur Gewährleistung von Meinungs- und Informationsfreiheit gesehen.⁴³ Im Ergebnis bedeuten diese Forderungen eine

³⁴ *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI)), S. 11 f.; *Streel/Husovec*, The e-commerce Directive as the cornerstone of the Internal Market, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 47.

³⁵ *Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres*, Stellungnahme für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), Ziffer 25.

³⁶ *Streel/Husovec*, The e-commerce Directive as the cornerstone of the Internal Market, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 47; vgl. zur Bestimmung von Standards auch: *Spindler*, CR 2020, 52, 53 ff.

³⁷ *Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz*, Entwurf eines Berichts mit Empfehlungen an die Kommission zu dem Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), S. 8, 10, 15 f.; *Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres*, Stellungnahme für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), Ziffer 21; *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI)), S. 10, 13 f.; *Streel/Husovec*, The e-commerce Directive as the cornerstone of the Internal Market, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 48.

³⁸ *European Digital Rights*, Platform Regulation Done Right, EDRi Position Paper on the EU Digital Services Act, S. 4.

³⁹ *European Digital Rights*, Platform Regulation Done Right, EDRi Position Paper on the EU Digital Services Act, S. 4.

⁴⁰ *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI)), S. 13, 15; *Sartor*, New aspects and challenges in consumer protection Digital services and artificial intelligence Policy, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 32.

⁴¹ *Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz*, Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zu dem Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), S. 52, 74; *Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres*, Stellungnahme für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), Ziffer 10; *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI)), S. 6 f.; *Streel/Husovec*, The e-commerce Directive as the cornerstone of the Internal Market, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 47, 51.

⁴² *European Digital Rights*, Platform Regulation Done Right, EDRi Position Paper on the EU Digital Services Act, S. 4.

⁴³ *Specht-Riemenschneider*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, S. 41; *Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs*, Report on the Digital Services Act and fundamental rights issues posed (2020/2022(INI)), S. 12; *D9+* Non-Paper on the creation of a modern regulatory framework for the provision of legal services in the EU, S. 2; *Smith*, Enforcement and

Ausweitung des Pflichtenkataloges für große Plattformen und des Rechtsdurchsetzungsrahmens bei gleichzeitiger Beibehaltung des derzeitigen Haftungsprivilegs aus Art. 14 und Art. 15 E-Commerce-RL. Auch ein Festhalten am Herkunftslandprinzip wird vorgeschlagen.⁴⁴

Hinzu kommt die Forderung nach einer zwingenden Interoperabilität marktdominanter interaktionsmittelnder Plattformen mit Wettbewerbern mit dem Ziel, Desinformation und Hatespeech zu reduzieren. Nutzer sollen Plattformen wählen können, die eine virale Verbreitung dieser Inhalte in stärkerem Maße eingrenzen als dies derzeit den am Markt dominanten Plattformen gelingt, und dennoch mit den auch bei marktdominanten Plattformen registrierten Nutzern in Kontakt bleiben können (Interkonnektivität⁴⁵).⁴⁶ Erwogen werden auch *ex-ante*-Maßnahmen für „systemrelevante Plattformen“.⁴⁷

III. Fragestellung des Gutachtens

Das Gutachten widmet sich der Kernfrage, wie ein privatrechtliches Haftungssystem von Online-Plattformen für vermittelte Inhalte ausgestaltet sein muss, sodass allen voran die Interessen der Verbraucher an Inhaltsvielfalt im Internet (genauer: auf den regulierten Plattformen) bestmöglich gewahrt werden. Dabei ist nicht nur zu bedenken, dass Plattformbetreibern eine gesteigerte Verantwortung für die über ihre Plattformen vermittelten Inhalte zukommt, sondern auch subjektive Nutzerrechte im Raum stehen müssen. Denn eine Stärkung der Rechtsinhaberposition muss spiegelbildlich mit einer Stärkung der Nutzerbefugnisse einhergehen, um einen angemessenen Rechts- und Interessenausgleich zu gewährleisten. Wie kann Vielfalt gesichert werden, ohne dass das Internet rechtsfreie Räume zurücklässt? Im Mittelpunkt des Gutachtens steht also die Frage nach der interessengerechten Rechtsdurchsetzung auf und über Internetplattformen.

cooperation between Member States, E-Commerce and the future Digital Services Act Policy, STUDY Requested by the IMCO committee, S. 32.

⁴⁴ D9+ Non-Paper on the creation of a modern regulatory framework for the provision of legal services in the EU, S. 2.

⁴⁵ Stellungnahme des Rechtsausschusses für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), Ziffer 14.

⁴⁶ *European Digital Rights*, Platform Regulation Done Right, EDRi Position Paper on the EU Digital Services Act, S. 4.

⁴⁷ *Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz*, Bericht mit Empfehlungen an die Kommission zu dem Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), S. 73; dagegen: *Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres*, Stellungnahme für den Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz mit Empfehlungen an die Kommission zum Gesetz über digitale Dienste: Verbesserung der Funktionsweise des Binnenmarkts (2020/2018(INL)), Ziffer 23.

Nicht behandelt werden demgegenüber weitergehende Fragen der Plattformregulierung,⁴⁸ namentlich die Eindämmung von Manipulation,⁴⁹ die Durchbrechung von Filterblasen zur Eindämmung von Desinformationskampagnen in sozialen Netzwerken,⁵⁰ Fragen der Personalisierung von Inhalten auf Plattformen⁵¹ oder die Sicherstellung von Algorithmentransparenz oder Algorithmenkontrolle.⁵² Zwar kann auch insoweit eine „Haftung“ der Plattform begründet werden. In diesem Gutachten interessiert allerdings ausschließlich die Verantwortlichkeit der Plattform für Inhalte, die von Nutzern über die von Plattformen angebotene Infrastruktur zugänglich gemacht oder auf Basis von Nutzerverhalten nachgewiesen werden (vermittelte Inhalte). Dieses Zusammenspiel von Nutzer- und Plattformverhalten (in tripolaren Rechtsverhältnissen) ist Kennzeichen der Plattform- oder Intermediärhaftung (ausführlich u. C. Teil 1, I. 2.). Soweit die Plattform selbst beispielsweise eine Reihung von Bewertungen vornimmt, ist sie dafür ohne Weiteres unmittelbar nach den allgemeinen Regeln haftbar,⁵³ auch wenn deren Auslegung mit Blick auf Digitalisachverhalte mit Unsicherheiten behaftet sein mag und mitunter Reformbedarf besteht. Die hier interessierenden Spezifika der Plattformhaftung als Verantwortlichkeit für vermittelte Inhalte sind insoweit nicht berührt. Sie sind hingegen beispielsweise dann berührt, wenn sogenannte Influencer den kommerziellen Zweck ihres Tuns verschweigen; auch insoweit ist denkbar, dass die Plattform mit Blick auf das rechtswidrige Verhalten des Influencers (vgl. Art. 7 Abs. 2 UGP-RL) wegen der Verletzung einer eigenen Verkehrspflicht (auch in Form bestimmter „Designpflichten“, dazu u. C. Teil 2, II. 4. b) (1) (aa) (ddd)) haftbar ist.

⁴⁸ Zuletzt *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, F. 60 ff.

⁴⁹ Zur Manipulation von Präferenzen, Ausnutzung von Verhaltensanomalien und der Abschöpfung von Konsumentenrenten *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2019, 220.

⁵⁰ *Wagner/Eidenmüller*, ZfPW 2018, 220, 240 ff.

⁵¹ Zur Preispersonalisierung *F. Hofmann*, WRP 2016, 1074 und *ders./Freiling*, ZD 2020, 331; s. a. Art. 6 lit. e Verbraucherrechte-RL, RL 2011/83/EU.

⁵² Vgl. Art. 7 Abs. 4a S. 1 UGP-RL n. F. („Wenn Verbrauchern die Möglichkeit geboten wird, mithilfe eines Stichworts, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe nach Produkten zu suchen, die von verschiedenen Gewerbetreibenden oder von Verbrauchern angeboten werden, gelten, unabhängig davon, wo Rechtsgeschäfte letztendlich abgeschlossen werden, allgemeine Informationen, die die Hauptparameter für die Festlegung des Rankings der dem Verbraucher im Ergebnis der Suche vorgeschlagenen Produkte, sowie die relative Gewichtung dieser Parameter im Vergleich zu anderen Parametern, betreffen und die in einem bestimmten Bereich der Online-Benutzeroberfläche zur Verfügung gestellt werden, der von der Seite, auf der die Suchergebnisse angezeigt werden, unmittelbar und leicht zugänglich ist, als wesentlich“); zur Verordnung (EU) 2019/1150 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (P2B-VO) *Busch*, GRUR 2019, 788.

⁵³ Beispielsweise Art. 6, Art. 7 UGP-RL (RL 2005/29/EG); nunmehr auch Anhang I UGP-RL Nr. 11a n. F. („Anzeige von Suchergebnissen aufgrund der Online-Suchanfrage eines Verbrauchers, ohne dass etwaige bezahlte Werbung oder spezielle Zahlungen, die dazu dienen, ein höheres Ranking der jeweiligen Produkte im Rahmen der Suchergebnisse zu erreichen, eindeutig offengelegt werden.“); vgl. zu Plattformpflichten bei Auswahl und Reihung von Angeboten sowie bei Gestaltung und Betrieb von Bewertungssystemen *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 335 ff., 364 ff.

Bei der Neuausrichtung der Plattformhaftung wird es darauf ankommen, nicht auf die Plattformen insgesamt, sondern besser auf die von ihnen ausgeübten, unterschiedlichen Funktionen zu blicken.⁵⁴ Denn sie sind es, die jeweils ganz unterschiedliche Rechtsfragen und Regelungsbedarfe auslösen.⁵⁵ Die bisherige Unterteilung von Plattformen in Zugangsvermittler, Caching- und Hosting-Plattformen scheint dagegen überkommen. Auf einer solchen funktionszentrierten Regulierung aufbauende Verkehrspflichten sind im Lichte der Vielfaltsicherung zu designen. Dies sollte die Basis für neue Haftungsregelungen sein. Auch liegt der Blick dieses Gutachtens nicht auf einem bestimmten Rechtsgebiet, sondern es wird ein horizontaler Ansatz verfolgt. Ferner muss eine Regulierung, die nicht ohne Grund auf ein privatrechtliches Haftungskonzept setzt, überlegen, wie Nutzerrechte und Plattformverantwortlichkeit zum Zwecke der Vielfaltsicherung miteinander versöhnt werden können. Der Schlüssel liegt in der Etablierung genuiner Nutzerrechte und weiterer materiell-rechtlicher Gewährleistungen sowie in der prozeduralen Absicherung dieser Nutzerrechte.⁵⁶ Neben den nachträglichen Verfahrensgewährleistungen (*ex post*-Pflichten) bedarf es freilich bereits präventiver Designlösungen (*ex ante*-Pflichten).⁵⁷ Während Online-Plattformen bei der Rechtsdurchsetzung im Internet auch im Interesse der Verbraucher eine zentrale Rolle zukommt, sind zwei, letztlich ineinander verwobene Fragen entscheidend: (1) Welche Pflichten („Verkehrspflichten“) sind Plattformen aufzuerlegen und (2) wie sind Nutzerrechte im Sinne materiell-rechtlicher Gewährleistungen auszugestalten und abzusichern. Das Gutachten will diese „Bausteine zur Vielfaltsicherung“ zusammentragen und weiterentwickeln.

IV. Gang der Darstellung

Im ersten Hauptteil dieses Gutachtens erfolgt eine Bestandsaufnahme. Neben einer Skizzierung der Ausgangslage wird der europäische Rechtsrahmen hinsichtlich des Rechts des geistigen Eigentums, des Rechts gegen den unlauteren Wettbewerb sowie des Schutzes der Persönlichkeit kritisch erläutert. Es zeigt sich, dass die vorhandenen Bestimmungen vielfach sehr vage sind, während maßgebliche Wertungen über die Rechtsprechung aus den Unionsgrundrechten abgeleitet werden. Darauf folgt eine explikative Untersuchung der bestehenden Haftungsprivilegierungen gemäß Art. 12 ff. E-Commerce-RL. Wie sodann aufgezeigt wird, geht der Trend auf unionsrechtlicher Ebene rechtsgebietsübergreifend in Richtung einer Ausweitung der Täterhaftung

⁵⁴ *Specht-Riemenschneider*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, S. 20 f.; vgl. *Frey*, ZUM 2019, 40, 44 (es kommt nicht auf das Geschäftsmodell insgesamt an, sondern auf die konkret zu beurteilende Tätigkeit).

⁵⁵ *Specht-Riemenschneider*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, S. 20 f.

⁵⁶ Vgl. *F. Hofmann*, ZUM 2017, 102, 104 ff.

⁵⁷ *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 50, 109.

von Plattformen. Anders als die herkömmliche Untergliederung der Haftungsprivilegierungen nach Zugangsvermittlung, Caching und Hosting soll hier ein Haftungskonzept auf Basis von Plattformfunktionalitäten entwickelt werden. Die entsprechenden unterschiedlichen Kategorien und Funktionen des Plattformhandelns werden am Ende des ersten Hauptteils vorgestellt.

Im zweiten Hauptteil werden zunächst die verschiedenen Optionen hinsichtlich der Ausgestaltung der Plattformverantwortlichkeit untersucht (u. a. proaktive Pflichten versus *ex post*-Maßnahmen). Darauf folgt eine Eruierung der Verkehrspflichten von Plattformen und deren materiell-rechtlicher Gewährleistung hinsichtlich der prozeduralen Absicherung („Bausteine der Vielfaltsicherung“), die die Rechte der Nutzer gegenüber Löscho- und Sperrmaßnahmen der Plattformen wahren können. Mit Blick auf Letzteres muss zugleich die staatliche Letztverantwortlichkeit bei der Rechtsdurchsetzung gewährleistet sein. Für die Frage der „Täterhaftung“ der Plattform kommt es weniger auf die dogmatische Bezeichnung des Haftungskonzeptes an als auf die konkrete Ausgestaltung der „Verkehrspflichten“ der Plattform. Diese wiederum sind im Lichte der Plattformfunktionalitäten unbeschadet einzelner zu kodifizierender Pflichten auch richterrechtlich zu konkretisieren. Das Gutachten schließt mit zu empfehlenden Handlungsmaximen, die eine Aufgabe der bisherigen Unterscheidung von Cache-, Host- und Content-Providern unter der E-Commerce-RL vorsehen und stattdessen die Regulierung von Plattformfunktionalitäten anstreben. Eine entsprechende funktionszentrierte Plattformregulierung sollte im Rahmen eines Verkehrspflichtenkonzeptes ausgestaltet werden, das einerseits konkret normierte Verkehrspflichten enthält, andererseits aber ebenfalls eine richterrechtlich auszufüllende Generalklausel („allgemeine Sorgfaltspflichten“), um eine technische Fortentwicklung hinreichend erfassen zu können.

B. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse/Executive Summary

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Die Regulierung von Plattformen berührt nicht nur die Grundrechte und Grundfreiheiten von Rechtsinhabern (z. B. Art. 17 GrCh) und Plattformbetreibern (z. B. Art. 16 GrCh), sondern auch die Meinungs- und Informationsfreiheit der inhaltsnachfragenden Nutzer (Art. 11 GrCh). Bei der Regulierung von Plattformen ist daher ein Rechts- und Interessenausgleich im Dreiecksverhältnis vorzunehmen, sämtliche Rechte und Interessen der Betroffenen müssen in einer gesetzlichen Regelung zur Plattformhaftung gespiegelt werden.
2. Es muss daher insbesondere eine Symmetrie zwischen den Rechtsschutzmöglichkeiten von potenziell in ihren Rechten Verletzten und potenziellen Verletzern bestehen; Beschwerden müssen nicht nur möglich sein, wenn ein Inhalt rechtswidrig erscheint, sondern auch dann, wenn ein (vermeintlich) unrechtmäßiger Inhalt (vermeintlich) zu Unrecht gelöscht oder gesperrt worden ist. Gleichzeitig darf die Haftung der Plattform nicht über Gebühr ausgeweitet werden, um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren.
3. Das Internet darf kein rechtsfreier Raum sein; tatsächlich bestehende Rechte müssen durchgesetzt werden können. Gleichzeitig darf die Löschung rechtmäßiger Inhalte nicht als Kollateralschaden effektiver Rechtsdurchsetzung auftreten. Idealerweise ist das Recht von vornherein so „konfiguriert“, dass es zu derartigen Fehlentscheidungen erst gar nicht kommt.
4. Das Unionsrecht ist für ein „Overenforcement“ durchaus sensibilisiert. Insbesondere der EuGH zeigt sich in seiner Rechtsprechung sensibilisiert dafür, dass die komplexe, eingangs dargestellte Interessenlage nach differenzierten Lösungen verlangt. Diese Lösungen gilt es auch gesetzlich abzubilden.
5. Es kommt für die Strenge der Plattformhaftung nicht darauf an, ob die Plattform zunächst vollumfänglich haftet und sodann in der Haftung privilegiert wird, wenn sie bestimmte Verkehrspflichten erfüllt, oder zunächst von der Haftung freigestellt ist und nur bei Nichterfüllung bestimmter Verkehrspflichten haftet, sondern darauf, wie streng diese Verkehrspflichten letztlich ausgestaltet sind. Anders formuliert: Bei der Plattformhaftung kommt es statt auf die dogmatische Bezeichnung des Haftungskonzeptes darauf an, welche spezifischen Pflichten Plattformen auferlegt werden. Die interessengerechte Konfiguration dieser Verkehrspflichten der Plattformen ist die maßgebliche Stellschraube der Plattformhaftung.

6. Diese Verkehrspflichten sollten unterscheiden, ob die Plattform als Anbieter eigener Inhalte auftritt oder als Anbieter fremder Inhalte, wobei im Unterschied zur derzeitigen Rechtslage keine wertende Betrachtung vorzunehmen, sondern eine formal-kategorische Unterscheidung zu treffen ist.
7. Werden fremde Inhalte gemittelt, sollten die Pflichten an die konkret betroffene Plattformfunktion anknüpfen (funktionszentrierte Regulierung). Die derzeitige Anknüpfung der E-Commerce-RL an starre Plattformkategorien (Cache-Provider, Host-Provider, Content-Provider) ist überholt und daher aufzugeben.
8. Es bietet sich eine Unterteilung der Plattformfunktionalitäten in transaktionsmittelnde Funktionen, interaktionsmittelnde Funktionen und informationsmittelnde Funktionen an, jeweils mit weiteren Unterteilungen.
9. Die Auferlegung von Verkehrspflichten für die jeweiligen Plattformfunktionalitäten sollte einerseits konkret im Gesetzestext erfolgen, um einen möglichst hohen Grad an Rechtseinheitlichkeit und Rechtssicherheit zu gewährleisten, wobei insbesondere das notice-and-negotiation-Verfahren verpflichtend ausgestaltet und umfassend ausdifferenziert werden sowie Designpflichten normiert werden sollten, die einen für den Durchschnittsverbraucher leicht erkennbaren Zugang zu Beschwerdemechanismen und Meldemechanismen haben. Darüber hinaus sollte eine richterrechtlich auszufüllende Generalklausel die dynamische technische Fortentwicklung einfangen können.
10. Verkehrspflichten sollten strenger ausfallen, umso näher eine Plattformfunktionalität einer Rechtsverletzung steht und umso gefahrgeneigter eine Plattformfunktionalität ist. Auch die kommerzielle Mittelung von Inhalten sollte sich verkehrspflichtschärfend auswirken.
11. Die Verkehrspflichten sind um materiell-rechtliche Gewährleistungen zu ergänzen, insbesondere um subjektive Nutzerrechte und verstärkte Transparenzvorgaben.
12. Die Durchsetzung dieser subjektiven Nutzerrechte sollte ebenso wie die übrigen materiell-rechtlichen Rechtspositionen sowohl vor staatlichen Gerichten als auch im Rahmen außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen möglich sein, wobei die staatliche Letztentscheidungskompetenz stets gewährleistet werden muss.
13. Die Unterwerfung unter die Entscheidungen der außergewöhnlichen Streitbeilegungsstellen sollte verpflichtend für die Plattformen sein, die auch die Kosten des außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens tragen sollten. Die Entscheidungen der außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen sollten bis zur staatlichen Letztentscheidung bindend sein.

Executive Summary

1. Regulating platforms affects the fundamental rights and freedoms of rights holders (Art. 17 CFR) and platform operators (Art. 16 CFR), but it also affects the freedom of expression and information of users interested in content (Art. 11 CFR). Thus in regulating platforms, a triangular equilibrium has to be found that balances out the parties' various rights and interests. Legislation governing platform liability must address all of the rights and interests of these affected parties.
2. This means in particular that there should be symmetry between the legal protections respectively available for parties potentially suffering an infringement and the parties potentially responsible for such infringement. It must be possible to file complaints not only for apparently unlawful content but also in the event that content deemed unlawful is alleged to have been wrongly deleted or blocked. At the same time, the principle of proportionality must be upheld, thus platform liability may not be inappropriately broadened.
3. The internet should not be a legal vacuum: enacted, existing rights must be enforceable. Yet legitimate content may not be deleted in the course of efforts to effectively enforce the law, as a kind of collateral damage. Ideally, rights will be "configured" or pre-structured so that such mistakes do not even occur.
4. EU law is unquestionably sensitive to the issue of over-enforcement. In its rulings the European Court of Justice has demonstrated a particular awareness that the complex constellation of interests outlined above requires fine-drawn, discerning solutions. The next step is implementing these solutions accordingly in law.
5. The stringency of platform liability is not a matter of deciding whether platforms should have full initial liability, and then obtain liability privileges by meeting certain duty of care obligations, or on the other hand should be initially free of liability, only becoming liable when certain duty of care obligations are not met. Rather, such stringency is a function of how duty of care obligations are ultimately structured. Thus rather than a matter of adhering to one dogmatic viewpoint or another as reflected in a particular liability concept, platform liability is instead a matter of what specific obligations are imposed upon platforms. The issue of platform liability hinges on the configuring of platform duty of care obligations in an effort to balance out the surrounding interests.
6. These duty of care obligations should be defined so as to distinguish between whether the platform operates as a provider of its own content or of third-party content by applying

formal, categorical criteria—not on the basis of value judgments, as is the case under current legal situation.

7. If third-party content is provided by an intermediary, obligations should be tied to the specific platform function concerned (function-centric regulation). Linking this to rigid platform categories (cache provider, host provider, content provider), as currently provided for under the E-Commerce Directive, is an outdated practice which accordingly should be abandoned.
8. A recommendable approach is to categorize platform functionalities as transaction-mediating functions, interaction-mediating functions and information-mediating functions, with respective further subcategories.
9. The duty of care obligations to be imposed for the respective platform functionalities should be made explicit in the text of the law in order to afford maximum legal uniformity and certainty. In particular, the notice-and-negotiation procedure should be made mandatory and should be structured in comprehensive detail, and design obligations to ensure that average consumers have easy access to complaint and reporting mechanisms should be standardized. A general clause should be additionally put in place enabling the judiciary to fill legal gaps on an ongoing basis in line with technical advancements.
10. Duty of care obligations should be made stricter where a platform functionality has greater potential for violating the law, and should be aligned with the risks associated with a given platform functionality. Duty of care obligations should also be more stringent where the intermediary provides content on a commercial basis.
11. The duty of care obligations should be flanked by substantive law guarantees, including particularly recognition of users' legitimate interests and heightened transparency requirements.
12. Legitimate interests and other substantive rights should be enforceable both before state courts and via extrajudicial dispute settlement mechanisms, although the final decision-making authority must rest at all times with the state.
13. Platforms should be bound to accept the decisions of alternative dispute settlement bodies and bear costs for out-of-court dispute settlement procedures. Decisions made by out-of-court dispute resolution bodies should be binding unless a state court decides otherwise.

C. Hauptteil

Teil 1: Bestandsaufnahme

I. Ausgangslage

1. Rechtsdurchsetzung durch Private

Das Problem der Plattformverantwortlichkeit ist Ausdruck der Frage nach der Rechtsdurchsetzung im Internet. Jenseits der abstrakten Einsicht, dass die Rechtsordnung auch im Internet Gültigkeit beansprucht, muss dabei vorab geklärt werden, wer für die Rechtsdurchsetzung zuständig ist. Der allein durch Behörden und staatliche Gerichte orchestrierten Rechtsdurchsetzung – Plattformen können sich also auf ein „Nichtstun“ zurückziehen – steht bei Betrachtung der jeweiligen Pole eine exklusive Verantwortlichkeit von Intermediären bei gleichzeitiger staatlicher Zurückhaltung gegenüber.⁵⁸ Mischmodelle setzen auf private Maßnahmen („quasi-richterliche“ Funktion),⁵⁹ kombiniert mit Beschwerdemöglichkeiten vor staatlichen oder zumindest staatlich autorisierten Stellen. Je nach Ausgestaltung ist dabei die staatliche Letztverantwortlichkeit für die Rechtsdurchsetzung mehr oder minder gewahrt. Wie noch genauer zu zeigen sein wird, spielt im europäischen Recht die privatrechtliche Rechtsdurchsetzung („private enforcement“) eine gewichtige Rolle. Über die Haftung von Onlineplattformen soll sichergestellt werden, dass rechtswidrige Inhalte möglichst nicht online verfügbar sind. Die staatliche Kontrolle ist dabei abhängig von Rechtsgebieten unterschiedlich stark gewährleistet.

Da eine rein behördliche Rechtsdurchsetzung („public enforcement“) wegen der schieren Fülle an Online-Inhalten faktisch schnell ihre Grenzen erreicht, kann die Rechtsordnung bei pragmatischer Betrachtung auf eine Unterstützung durch Private schlussendlich nicht verzichten. Allein die „Mithilfe“ der Plattformen⁶⁰ bei der Rechtsdurchsetzung erlaubt eine effektive Rechtsdurchsetzung, zumal wegen der (auch aus Verbrauchersicht wünschenswerten) Möglichkeit anonymer Interaktionen die unmittelbaren Rechtsverletzer häufig nicht zur Rechenschaft gezogen werden können.⁶¹ Entscheidend ist dabei allerdings, dass staatlicher Rechtsschutz umfassend gewährleistet ist.⁶² Es muss insbesondere eine Symmetrie zwischen den Rechtsschutzmöglichkeiten von potenziell in ihren Rechten Verletzten und potenziellen Verletzern

⁵⁸ Vgl. *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 359 f.

⁵⁹ *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 361.

⁶⁰ „Hilfeleistungspflichten“, vgl. *J. B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 979, 981; *Frey*, ZUM 2019, 40, 45.

⁶¹ *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 361.

⁶² *Raue*, JZ 2018, 961, 962; *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1223; so im Ergebnis auch *Wagner*, GRUR 2020, 447, 454 ff., der zugleich für eine Pflicht der Plattformen zur Organisation eines ADR-Verfahrens plädiert.

bestehen.⁶³ Beschwerden müssen nicht nur möglich sein, wenn ein Inhalt rechtswidrig erscheint, sondern auch dann, wenn ein (vermeintlich) unrechtmäßiger Inhalt (vermeintlich) zu Unrecht gelöscht oder gesperrt worden ist. Praktisch war bis zuletzt allerdings eine einseitige Begünstigung von Rechteinhabern (insbesondere Inhaber von Immaterialgüterrechten) zu beobachten. Klar ist, dass die privatrechtliche Haftung von Online-Plattformen ein zentrales Instrument zur Regulierung der Plattformökonomie darstellt.⁶⁴

2. Kennzeichen der Plattformhaftung

Um die rechtlichen Rahmenbedingungen der Plattformhaftung sachgerecht auszubuchstabieren, bedarf es zunächst der Klarheit über die Charakteristika der Plattformhaftung.⁶⁵ Im Grundsatz gilt schließlich: Jeder hat die rechtlichen Konsequenzen für sein eigenes Handeln zu tragen.⁶⁶ Selbst im Falle komplexer Rechtslagen wird von dem Rechtsunterworfenen erwartet, dass er die geltenden Rechtsregeln beachtet. Weder Unkenntnis des rechtlichen Rahmens noch eine falsch vorgenommene Bewertung des Rechtsrahmens schützen unbedingt davor, wegen einer Rechtsverletzung in Anspruch genommen zu werden, dies gilt insbesondere mit Blick auf den verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch. Wer beispielsweise eine Internetseite betreibt, ist für den von ihm hochgeladenen Inhalt vollumfänglich verantwortlich. In diesem Sinne bestätigt § 7 Abs. 1 TMG, dass Diensteanbieter für „eigene Informationen“, die sie zur Nutzung bereithalten, nach den allgemeinen Gesetzen verantwortlich sind. Folglich sind Content-Provider, die Inhalte selbst auswählen und entsprechend komplett kontrollieren (z. B. Spotify), ausnahmslos für den Inhalt des Portals verantwortlich.

Auch wenn nicht ausgeschlossen ist, dass auch Plattformen eigene Inhalte bereithalten können, unterscheiden sie sich von reinen Content-Providern, sofern sie jedenfalls auch fremde Inhalte mitteln.⁶⁷ Denn diese von ihnen vermittelten Inhalte werden von Nutzern hochgeladen oder sind – wie beispielsweise bei Suchmaschinen – vom Verhalten Dritter abhängig. Der Inhalt entzieht sich daher naturgemäß der vollständigen Kontrolle der Plattform, die hier als „Intermediär“ auftritt. Vollständige Vorabkontrollen sind wegen der Fülle an Inhalten nicht nur praktisch kaum abzubilden, sondern widersprechen auch dem Plattformgedanken.⁶⁸ Statt zentraler Kontrolle

⁶³ F. Hofmann, ZUM 2017, 102, 108.

⁶⁴ Wagner, GRUR 2020, 329.

⁶⁵ Vgl. Ohly, JZ 2019, 251 („Intermediäre sind Unternehmen oder Privatpersonen, die selbst unmittelbar keine Verletzungshandlung vornehmen, sondern Dritten die Möglichkeit zur Verletzung verschaffen.“); Specht, ZUM 2017, 114, 115; F. Hofmann, ZUM 2020, 665, 666.

⁶⁶ Wagner, GRUR 2020, 447, 448.

⁶⁷ EGMR NJW 2017, 2091 Rn. 62 – Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete u. Index.hu Zrt/Ungarn.

⁶⁸ Vgl. Nolte, ZUM 2017, 304, 305 f.; Wimmers/Barudi, GRUR 2017, 327, 329, 333 f.

herrscht dort dezentrale Vielfalt. Hinzu kommt, dass für rechtsverletzende Inhalte zunächst ein Dritter primär verantwortlich erscheint. Eine verleumderische Bewertung ist direkt auf den Kommentierenden, ein nachgewiesenes Suchergebnis zuvorderst auf den Betreiber der nachgewiesenen Seite oder ein YouTube-Video auf den Uploader zurückzuführen. Eine vollumfängliche Haftung würde damit nicht hinreichend abbilden, dass Plattformen, die allen voran eine Infrastruktur für Nutzerinhalte bereitstellen, mangels eigener Auswahl der Inhalte keine voll verantwortlichen Content-Provider sein können.⁶⁹ Auch wenn auf den ersten Blick Plattformen „zunehmend selbst wie strukturierte Inhalteanbieter auftreten“,⁷⁰ besteht ein kategorialer Unterschied zwischen einem herkömmlichen Content-Provider und einer Plattform. Während Ersterer die volle redaktionelle Kontrolle ausübt, speist sich die Vielfalt auf Plattformen jedenfalls in ihrer Mittelungsfunktion durch die Nutzeraktivitäten.

Eine andere Frage ist aber, ob eine modifizierte Einstandspflicht gerechtfertigt ist, da die Plattformen über ihre Infrastruktur Rechtsverletzungen nicht nur ermöglichen, sondern von der Verwertung der Inhalte wirtschaftlich profitieren.⁷¹ Die faktisch (und konsequenterweise auch rechtlich) begrenzte Verantwortlichkeit der Plattformen für vermittelte Inhalte ist das Spezifikum der hier untersuchten Plattformhaftung.⁷²

3. Komplexe Interessenlage

Wie sollte die privatrechtliche Intermediärhaftung nun aber konkret ausgestaltet sein? Im Dreiecksverhältnis zwischen Plattformen, Nutzern und Dritten, deren Rechte durch plattformvermittelte Inhalte verletzt werden können,⁷³ kommt es darauf an, die unterschiedlichen, mitunter gegenläufigen Interessen fair auszugleichen. Zunächst ist daher ein Blick auf die komplexe Interessenlage bei einer durch Plattformen herbeigeführten Inhaltsmittlung zu werfen. Die Komplexität ergibt sich daraus, dass die in Rede stehenden Interaktionen etc. mehrere Personen mit unterschiedlichen Interessen berühren. Anders als in der analogen Welt sind

⁶⁹ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329 („Das zentrale Problem der Haftungsverfassung von Plattformen besteht darin, dass sie Verletzungen der Rechte Dritter lediglich als Intermediär die Bühne bereitet und insoweit Mittler zwischen den Fronten ist“); *ders.*, GRUR 2020, 447.

⁷⁰ *Leistner*, ZUM 2016, 580, 583.

⁷¹ *Buiten/de Streel/Peitz*, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S. 6, 14, abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2019/rethinkin-liability-rules-for-online-hosting-platforms-miriam-buiten-alexandre-de-streel-martin-peitz/view>.

⁷² Vgl. *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, F 45 f. („Der Grundgedanke ist aber derselbe: Wer anderen ein Forum gibt, ihnen dadurch ihr Tun ermöglicht und die grundlegenden Regeln für dieses Forum setzt, ist für dieses Tun zu einem gewissen Grad mitverantwortlich.“).

⁷³ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329, 335 f.

Mehrpersonenverhältnisse die Regel. Ob die jeweiligen Interessen auch als rechtlich schutzwürdig anzuerkennen sind, ist selbstredend eine andere, später noch zu behandelnde Frage.

a) Effektiver Rechtsschutz

Rechtsinhaber haben ein berechtigtes Interesse daran, dass ihnen zustehende Rechte nicht verletzt werden und etwaigen Rechtsverletzungen zügig und effektiv abgeholfen wird. Im Raum stehen dabei subjektive Rechte wie diverse Immaterialgüterrechte (insbesondere Urheber-, Marken und Designrechte) oder Persönlichkeitsrechte einschließlich der Bestimmungen zum Datenschutz. Aber auch die Regeln des Wettbewerbs (z. B. Schutz vor irreführender Werbung) beanspruchen im Internet genauso wie im Allgemeininteresse bestehende Strafnormen (z. B. § 130 StGB, Volksverhetzung) Geltungskraft. Tatsächlich bestehende Rechte müssen auch im Internet durchgesetzt werden können. Namentlich das Interesse nach effektivem Rechtsschutz verlangt, dass sich Betroffene nicht nur an den mitunter praktisch ohnehin nicht ermittelbaren unmittelbaren Rechtsverletzer wenden können,⁷⁴ sondern Abhilfe unkompliziert vor allem auch von den Plattformen einfordern können. Diese vermitteln schließlich die Rechtsverletzung und treten dem Nutzer als maßgeblicher Akteur gegenüber. Insoweit ist auch das Allgemeininteresse nach dem Vertrauen in die Effektivität des Rechtsstaates betroffen, zumal allein eine behördliche Rechtsverfolgung bei pragmatischer Betrachtung nicht ausreichen wird. Kann darauf vertraut werden, dass der demokratisch legitimierte Gesetzgeber die Regeln setzt und durchsetzt oder besteht eine „Herrschaft“ privatrechtlicher Nutzungsbedingungen internationaler Unternehmen?

b) Unternehmerische Freiheit

Zugleich muss sichergestellt werden, dass die Intermediäre durch Haftungsregeln nicht überfordert werden. Aus ihrer Sicht besteht stets die Gefahr, dass an sich nicht zu beanstandende Geschäftsmodelle unterdrückt werden. Insoweit streitet die unternehmerische Freiheit (Art. 16 GrCh) für die Plattformen. Unabhängig davon, ob die Allgemeinheit einen Dienst für notwendig oder überflüssig erachtet, ist es Ausdruck einer freien Gesellschaft, die konkrete Ausgestaltung von Geschäftsmodellen Privaten zu überlassen. Konkret können namentlich Aufwendungen für „Filtertechnologien“ speziell kleinere Intermediäre überfordern.⁷⁵ Dass der jeweilige Markt nicht nur von wenigen Akteuren beherrscht wird, ist wiederum zugleich im Allgemeininteresse. Das Recht muss sicherstellen, dass effektiver Wettbewerb herrscht. Plattformen auferlegte „Hilfeleistungspflichten“ (Überwachungs-, Filterpflichten etc.) verursachen aber Kosten.

⁷⁴ Rechtsverletzer agieren vielfach anonym oder aus dem Ausland heraus, wo jedenfalls die Zwangsvollstreckung faktisch scheitert, vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329, 337.

⁷⁵ Zu übermäßigen Filterpflichten als Marktzutrittsbarriere *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 895.

Plattformen haben ein Interesse, diese Aufwendung möglichst gering zu halten. Gleichzeitig drohen der Plattform Haftungskosten, sofern Rechtsverletzungen nicht im von der Rechtsordnung gefordertem Maße abgeholfen wird. Nicht ohne Grund wird angemahnt, dass daher für Plattformen Anreize bestehen, im Zweifelsfall einen Inhalt lieber zu löschen als ein Haftungsrisiko einzugehen, zumal die Plattform häufig selbst schon mangels vollständiger Sachverhaltskenntnis gar nicht in der Lage ist, den Fall rechtlich zu bewerten.⁷⁶ Diese Anreize zum Overblocking sind mittlerweile durch empirische Untersuchungen belegt.⁷⁷ Zu bedenken gilt es zwar, dass Plattformen vielfach auch ein Eigeninteresse haben, Vielfalt auf den Plattformen anzubieten. Dies ist für die Attraktivität der Plattform entscheidend, was wiederum Grundlage für den wirtschaftlichen Erfolg ist. Dies ist aber nur dann als Argument tragfähig, wenn ausreichende Wechselangebote am Markt verfügbar sind.

c) Verbraucherbedürfnisse

Die tatsächlichen Verbraucherbedürfnisse sind schließlich davon abhängig, welche Art der Plattformnutzung im Raum steht. Die Bedürfnisse orientieren sich an den Plattformfunktionalitäten, was sich wiederum bei der Ausgestaltung der Rechtsregeln zu spiegeln hat.

Steht die Interaktion im Raum, erwarten Nutzer, auf die unterschiedlichen Plattformangebote vollumfänglich zugreifen zu können. *Passive Nutzer* haben dabei vor allem ein Interesse daran, dass rechtmäßige Inhalte nicht im Rahmen überobligatorischer Rechtsdurchsetzung gelöscht werden. Transaktionen sollen nicht verhindert, Informationen nicht unterdrückt und Interaktion nicht beschränkt werden. Während das Interesse von Verbrauchern auf den Zugriff unrechtmäßiger Inhalte nicht schutzwürdig ist, sichert die Informationsfreiheit ab (Art. 11 GrCh), dass der Zugriff auf im Internet rechtmäßig zugänglich gemachte Inhalte nicht ohne Grund eingeschränkt werden darf. Anders formuliert: Die Löschung rechtmäßiger Inhalte darf nicht als Kollateralschaden effektiver Rechtsdurchsetzung auftreten. Effektiver Rechtsschutz und Nutzerinteressen stehen in einem Spannungsverhältnis.⁷⁸ Idealerweise ist das Recht von vornherein so „konfiguriert“, dass es zu derartigen Fehlentscheidungen erst gar nicht kommt.

Aktive Nutzer wollen ebenfalls, dass selbst produzierte, legale Inhalte nicht gelöscht werden. Dabei sind zum einen ideelle Interessen betroffen: Eine Meinung soll geäußert werden können, eine

⁷⁶ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329, 336.

⁷⁷ *Fiala/Husovec*, Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process, TILEC Discussion Paper No. 2018-028, 2018, S. 17 f.

⁷⁸ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 447, 453.

künstlerische Leistung, z. B. Fanfiktion für Dritte, zugänglich sein oder die Mühen für ein selbst produziertes Tutorial von anderen Internetnutzern über „Likes“ gewürdigt werden können. Zum anderen können eigene YouTube-Kanäle oder der Instagram-Account Grundlage für (künftiges) kommerzielles Handeln sein. Auch die politische Arbeit kann massiv eingeschränkt sein, wenn der eigene Facebook-Account (komplett) gesperrt wird. Aktive Verbraucher erwarten daher nicht nur, dass ihre Posts etc. verfügbar sind, sondern auch, dass ihre Interessen als Nutzer zugleich bestmöglich abgesichert werden. Es genügt dabei nicht, dass die Rechtsdurchsetzung nicht auf Kosten von Internetnutzern geht. Sofern Inhalte zu Unrecht gelöscht werden, haben aktive Verbraucher ein Interesse daran, sich effektiv dagegen wehren zu können. Entscheidend ist aus ihrer Sicht ein niedrighschwelliger Zugang zu Abhilfemöglichkeiten und die Abwesenheit von Kostenrisiken.

Ferner soll das eigene Haftungsrisiko für die publizierten Inhalte niedrig sein. Dies ist aber weniger eine Frage der Plattformregulierung als eine Frage der interessengerechten Ausgestaltung des materiellen Rechts schlechthin (Beispiel: Schranke für *user-generated content*). Dieser Gedanke wird sogleich nochmals aufgegriffen (u. C. Teil 1 I. 5.).

Darüber hinaus soll Partizipation so einfach wie möglich sein und namentlich nicht durch Registrierungspflichten etc. erschwert werden.⁷⁹ Können beispielsweise Uploads nur durch „verifizierte“ Nutzer vorgenommen werden, sinkt die Chance auf Teilhabe proportional zu den von den Nutzern eingeforderten Angaben. Derartige Hemmnisse können auch indirekt gegeben sein. So verlangt der BGH im Rahmen seiner Rechtsprechung zu Negativbewertungen auf Online-Portalen, dass derjenige, dessen Bewertung angegriffen wurde, bei der Beurteilung des Sachverhalts mitwirkt. Nach dem Moderationsverfahren zur Eindämmung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen ist die Plattform verpflichtet, eine „Beanstandung des betroffenen Arztes dem Bewertenden [zu] übersenden und diesen zur Stellungnahme [anzuhalten].“ Die Plattform muss denjenigen, der einen Arzt negativ bewertet hat, auffordern, den angeblichen Behandlungskontakt möglichst genau zu beschreiben und ihr den Behandlungskontakt belegende Unterlagen, wie etwa vorhandene Rechnungen, Terminkarten und -zettel, Eintragungen in Bonushefte, Rezepte oder sonstige Indizien möglichst umfassend – soweit vom Bewertenden für

⁷⁹ Vgl. dazu auch EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 142 – L'Oréal/eBay („Um darüber hinaus das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf gegenüber denjenigen zu gewährleisten, die einen Onlinedienst zwecks Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums benutzt haben, kann dem Betreiber eines Online-Marktplatzes aufgegeben werden, Maßnahmen zu ergreifen, die die Identifizierung seiner als Verkäufer auftretenden Kunden erleichtern. Wie L'Oréal in ihren schriftlichen Erklärungen zutreffend dargelegt hat und aus Art. 6 der E-Commerce-RL hervorgeht, ist es insoweit zwar erforderlich, den Schutz der personenbezogenen Daten zu beachten, doch muss der Urheber der Verletzung, sofern er im geschäftlichen Verkehr und nicht als Privatmann tätig wird, gleichwohl klar identifizierbar sein.“).

nötig erachtet gegebenenfalls teilweise geschwärzt – zu übermitteln.“⁸⁰ Wirkt nun aber der Verbraucher an diesem Verfahren nicht mit, geht auch sein Beitrag verloren. Bleibt eine Stellungnahme innerhalb einer nach den Umständen angemessenen Frist aus, ist nach dem BGH von der Berechtigung der Beanstandung auszugehen und der beanstandete Eintrag zu löschen.⁸¹ Auch wenn der Nutzer von vornherein nicht befragt werden kann, weil die Plattform keine Daten zur Kommunikation mit dem Nutzer bereithält, dürfte die eben referierte „Blog-Eintrag“-Rechtsprechung greifen: Der streitgegenständliche Beitrag wäre mangels Stellungnahme des Nutzers zu löschen. Nicht nur das Verbraucherinteresse am Datenschutz insgesamt wird dabei tangiert, sondern insbesondere das Recht zur anonymen Nutzung von Diensten auf diese Weise ausgehöhlt.

Das „Recht auf Anonymität“ ist freilich ein weiteres Interesse von Plattformnutzern. Vielfach ist gewünscht, sowohl den Inhaltskonsum als auch die Inhaltsproduktion anonym vornehmen zu können. Auch dies ist einfachgesetzlich (§ 13 Abs. 6 S. 1 TMG) und verfassungsrechtlich abgesichert.⁸² Meinungsäußerungen könnten aus Furcht vor Sanktionen unterbleiben, müsste stets der wahre Name angegeben werden. So könnte Kritik an einem Arzt auf einem Bewertungsportal unterbleiben, um bei der nächsten Terminabsprache nicht benachteiligt zu werden. Dieses Interesse an Anonymität kann nun aber nicht nur durch potenzielle Klarnamenpflichten oder Registrierungspflichten als Voraussetzung für die Partizipation („verifizierter Nutzer“), sondern eben auch – wie aufgezeigt – durch indirekte Registrierungspflichten zur Vermeidung der Löschung von Kommentaren etc. ausgehöhlt werden. Ferner: Auch wenn Plattformen verpflichtet werden, Nutzerdaten gegenüber Behörden offenzulegen, ist das Anonymitätsinteresse berührt.⁸³

4. Problem des Prognoserisikos

Unbeschadet der Interessenlage sieht sich die Plattformhaftung vor allem einem praktischen Problem gegenüber. Es lässt sich im konkreten Fall vielfach nur schwer beurteilen, ob ein vom Intermediär vermittelter Inhalt rechtswidrig ist (Prognoserisiko).⁸⁴ In der Theorie ist die Problematik hingegen einfach zu lösen: Während rechtswidrige Inhalte aus dem Internet

⁸⁰ BGH GRUR 2016, 855 Rn. 43 – jameda.de.

⁸¹ BGH GRUR 2012, 311 Rn. 27 – Blog-Eintrag.

⁸² Vgl. BGH NJW 2009, 2888, 2892 – www.spickmich.de; s. a. Kersten, JuS 2017, 193; kritisch Spindler, Gutachten F zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, F 120.

⁸³ Vgl. zur Novelle des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) Kalbhenn/Hemmert-Halswick, MMR 2020, 518, 519 ff.

⁸⁴ F. Hofmann, ZUM 2017, 102, 105 ff.

verschwinden müssen, sollen rechtmäßig vermittelte Inhalte im Grundsatz⁸⁵ zugänglich bleiben.⁸⁶ Wer soll nun aber aus praktischer Sicht das Prognoserisiko tragen? Wird dieses beispielsweise vollständig auf die Plattform abgewälzt, droht ein übereifriges Löschen. Es wird also darum gehen, die Haftungsregeln so zu gestalten, dass effektiver Rechtsschutz und der Schutz rechtmäßiger Inhalte versöhnt werden. Vor diesem Hintergrund sind sowohl proaktive als auch reaktive Plattformpflichten zu formulieren. Diese „Verkehrspflichten“ sind zudem im Lichte der Plattformfunktionalitäten zu konkretisieren, wobei der Gesetzgeber der Rechtsprechung einen hinreichend flexiblen Rahmen zur Verfügung stellen sollte, nicht zuletzt um auf neuartige Entwicklungen (z. B. „KI-Plattformen“) reagieren zu können (s. a. u. C. Teil 1, II. 1. a) (4) (aa)).

5. Interessengerechte materielle Rechtsregeln

Hinzuweisen ist noch auf Folgendes: Neben der eigentlichen Plattformhaftung bestehen weitere eigenständige, aber auch die Plattformhaftung indirekt betreffende Rechtsprobleme. Während die Plattformhaftung letztlich dem Problemkreis der Rechtsdurchsetzung zuzuordnen ist, muss dem vorgelagert beantwortet werden, welche durchzusetzenden Rechte (etwa Immaterialgüterrechte) überhaupt im Raum stehen. Dabei ist es wiederum eine von der Plattformhaftung zu trennende Frage, ob das eigentliche materielle Recht (z. B. die Regeln des Urheberrechts) interessengerecht ausgestaltet ist. Namentlich im Urheberrecht erweist sich Kritik an der Intermediärhaftung (nochmals: als Rechtsdurchsetzungsinstrument) vielfach als Kritik an einem womöglich punktuell überschießenden Urheberrecht.⁸⁷ Man kritisiert die Plattformhaftung, meint aber bei Lichte betrachtet Defizite im Schranken-katalog: Bestehen beispielsweise hinreichende „Schrankenregelungen“ für nutzergenerierte Inhalte? Oder aber auch: Gehen Datenschutz oder Wettbewerbsrecht punktuell zu weit, gar auf Kosten der Verbraucher?

Die interessengerechte Ausgestaltung des materiellen Urheber-, Wettbewerbs-, oder Datenschutzrechts etc. ist dabei der Intermediärhaftung vorgelagert. Soweit nämlich bestimmte Handlungen von der Rechtsordnung als rechtswidrig eingestuft werden, haftet neben dem unmittelbaren Rechtsverletzer namentlich nach einem konkreten Hinweis auf die Rechtsverletzung regelmäßig auch der Plattformbetreiber. Steht ein rechtswidriger Inhalt zur Debatte, können dann aber weder prozedurale Absicherungen noch Nutzerrechte weiterhelfen. Diese mindern die Gefahr des „Overblockings“, beugen also dem Löschen *rechtmäßiger* Inhalte vor. Ist der streitgegenständliche Inhalt *de lege lata* nun aber tatsächlich rechtswidrig, ist die Löschung

⁸⁵ Inwieweit über „Nutzungsbedingungen“ der Plattformen Lösch- und Sperrentscheidungen eigentlich rechtmäßiger Inhalte getroffen werden dürfen (z. B. „Napalm-Mädchen“), ist eine andere Frage.

⁸⁶ F. Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1221 f.

⁸⁷ Vgl. F. Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1220 f.

desselben konsequenterweise im Lichte der Vermeidung von „Vollzugsdefiziten“ sogar wünschenswert. Anders formuliert: Es besteht eine Akzessorietät zwischen der Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des Nutzerhandelns und der Haftung der Plattform. Die traditionelle Plattformhaftung als solche beschäftigt sich ausschließlich mit der Frage, ob für einen rechtswidrigen Nutzerinhalt *auch* die Plattform passivlegitimiert ist.⁸⁸ Salopp formuliert: Was bei der interessengerechten Ausgestaltung der spezifischen Rechtsbereiche (Wettbewerbsrecht, Datenschutzrecht, Immaterialgüterrecht etc.) versäumt wurde, kann über die Plattformhaftung kaum mehr gerettet werden. Bei der Regulierung darf der Fokus folglich nicht nur auf der Plattformhaftung liegen, sondern auch auf der interessengerechten Ausgestaltung namentlich des Immaterialgüter- oder aber auch des Lauterkeits- und Datenschutzrechts. Dieses hat dabei auch auf Verbraucherbelange hinreichend Rücksicht zu nehmen.

Im Übrigen taugt das Instrument der Plattformhaftung auch wenig für die Verbreitung von „Fake News“. Soweit die Nachricht nicht wegen Verleumdung etc. rechtswidrig ist, kann deren Verbreitung unabhängig davon, ob man eine (staatliche) „Faktenkontrolle“ (die freilich nicht selten ebenfalls subjektiv ist) für sinnvoll hält, nicht unterbunden werden. Eine Regulierung „potenziell schädlicher Inhalte“ ist schon wegen der Unbestimmtheit des Begriffs abzulehnen.⁸⁹

II. Kritische Einführung in den europäischen Rechtsrahmen

Die europäische Rechtsordnung bildet die komplexe Interessenlage im Rahmen der Plattformhaftung lediglich rudimentär ab.⁹⁰ Im Folgenden sollen die tragenden Säulen der europäischen Intermediärhaftung kurz kritisch skizziert werden. Vor allem der EuGH hat dabei die Rolle eines Ersatzgesetzgebers.⁹¹

1. Begrenzte Zahl an expliziten Haftungsnormen

Explizite Haftungsnormen finden sich nur in ausgewählten Rechtsgebieten. Allen voran eine umfassende Harmonisierung der Beteiligtenhaftung ist nicht gegeben.⁹² Im Lichte dieses

⁸⁸ Zwar könnten Rechtsverletzungen auf Plattformen ausschließlich gegenüber der Plattform selbst und nicht gegenüber dem Nutzer zu sanktionieren sein (in diesem Sinne: Art. 17 Abs. 2 DSM-RL). Der Sache nach handelt es sich dabei aber um eine Beschränkung des materiellen Rechts selbst, vgl. zum Entwurf eines Urheberrechtsdiensteanbietergesetzes (UrhDaG-E) F. Hofmann, ZUM 2020, 665, 669.

⁸⁹ Vgl. Madiega, Reform der EU-Haftungsregelung für Online-Vermittler. Hintergrund zum bevorstehenden Gesetz über digitale Dienste, 2020, S. 13 f. (abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_DE.pdf)).

⁹⁰ Vgl. auch Mitteilung zur Bekämpfung illegaler Inhalte im Internet von 2017, COM(2017) 555 final; Empfehlung der Kommission vom 1.3.2018 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, COM(2018) 1177 final; EU Code of conduct on countering illegal hatespeech online, Europäische Kommission, 2016.

⁹¹ Vgl. Leistner, GRUR 2017, 755.

⁹² Jaworski/J. B. Nordemann, GRUR 2017, 567, 571 f.; Frey, ZUM 2019, 40, 41.

Desiderats hat die Rechtsprechung insbesondere im Urheberrecht versucht, durch eine extensive Auslegung der Verletzungstatbestände typische Beteiligungshandlungen in das Recht der öffentlichen Wiedergabe zu integrieren (u. C. Teil 1, II. 4. a)).⁹³ Im Folgenden sind zunächst die einschlägigen „Anspruchsgrundlagen“⁹⁴ gegenüber Intermediären vorzustellen.

a) Recht des geistigen Eigentums

(1) Rechtsrahmen

Ungeachtet der sparsamen Kodifizierung von Regelungen zur Intermediärhaftung nimmt bei den kodifizierten haftungsbegründenden Normen das Recht des geistigen Eigentums eine Vorreiterrolle ein. Ausweislich von Art. 11 S. 3 Enforcement-RL (RL 2004/48/EG) stellen die Mitgliedstaaten unbeschadet des Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG) sicher, dass die Rechtsinhaber eine Anordnung gegen Mittelspersonen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden. Ähnlich heißt es in Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG): „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden.“ Es handelt sich nach verbreiteter Lesart um „Hilfeleistungspflichten“.⁹⁵ In diesem Sinne geht Erwägungsgrund 59 der InfoSoc-RL davon aus, dass Vermittler oftmals „selbst am besten in der Lage“ sind, Rechtsverstößen ein Ende zu setzen. Beide Vorschriften sind Ausdruck des Gedankens effektiven Rechtsschutzes.⁹⁶

(2) Nationale Umsetzung in Deutschland

Das deutsche Recht spiegelt diese Vorgaben im Rahmen einer richtlinienkonform interpretierten Störerhaftung.⁹⁷ Einem (1) haftungsbegründenden kausalen Moment steht dabei (2) eine

⁹³ *Ohly*, ZUM 2017, 793; *Jaworski/J. B. Nordemann*, GRUR 2017, 567, 571 f.; *F. Hofmann*, EuZW 2018, 517, 518 f.; *ders.*, ZUM 2017, 750, 752; vgl. EuGH GRUR 2017, 790 – Stichting Brein/Ziggo ua [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 610 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]; EuGH GRUR 2016, 1152 – GS Media; für die urheberrechtliche Zulässigkeit von Verlinkungen hätte der EuGH aber durchaus Art. 8 Abs. 3 heranziehen können, statt das Recht der öffentlichen Wiedergabe weit zu verstehen, vgl. *F. Hofmann*, K&R 2016, 706, 708 f.

⁹⁴ Während das deutsche Recht auf materiell-rechtlichen Ansprüchen basiert (vgl. § 194 BGB), nimmt das europäische Privatrecht vor allem Anleihen beim anglo-amerikanischen „remedy-System“ <-??. In diesem Sinne ist auch bei der Intermediärhaftung von „gerichtlichen Anordnungen“ die Rede. Dieser Systemunterschied ist stets zu bedenken, vgl. *F. Hofmann*, GPR 2017, 176; *ders.*, WRP 2020, Editorial Heft 1; s. a. sowohl zum Anspruchs- als auch dem „remedy-System“ *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, § 1 ff., *ders.*, JuS 2018, 833 ff.

⁹⁵ *J. B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 979, 981; *F. Hofmann*, GRUR 2015, 123, 127; *Frey*, ZUM 2019, 40, 45.

⁹⁶ Vgl. EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 131 – L'Oréal/eBay.

⁹⁷ BGH GRUR 2016, 268 Rn. 22 – Störerhaftung des Access-Providers; zur Störerhaftung *Czychowski/J. B. Nordemann*, GRUR 2013, 986, 989 f.; *Leistner*, ZUM 2012, 722, 724 f.; *Ohly*, ZUM 2015, 308, 311 f.; *F. Hofmann*, JuS 2017, 713.

haftungsbegrenzende Zumutbarkeitsprüfung gegenüber.⁹⁸ Oder in den Worten des BGH: „Als Störer kann bei der Verletzung absoluter Rechte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, wer – ohne Täter oder Teilnehmer zu sein – in irgendeiner Weise willentlich und adäquat-kausal zur Verletzung des geschützten Rechtsguts beiträgt. Da die Störerhaftung nicht über Gebühr auf Dritte erstreckt werden kann, die die rechtswidrige Beeinträchtigung nicht selbst vorgenommen haben, setzt die Haftung des Störers nach der Rechtsprechung des Senats die Verletzung von Verkehrspflichten voraus. Deren Umfang bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.“⁹⁹ In der nationalen Rechtsprechung wird u. a. die Haftung von Online-Marktplätzen¹⁰⁰ oder Internetzugangsvermittlern über die Vorgaben aus Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL und Art. 11 S. 3 Enforcement-RL begründet.¹⁰¹ Die Bedeutung der unionsrechtlichen Vorgaben wird exemplarisch auch im Rahmen der letzten Reform des Telemediengesetzes¹⁰² deutlich: So verstieße es nach dem BGH gegen Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL, wenn ein Rechtsinhaber aufgrund des Ausschlusses des Unterlassungsanspruchs in der neuen Fassung des § 8 Abs. 1 S. 2 TMG¹⁰³ keine Möglichkeit mehr hätte, gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler (konkret: bestimmte lokale Internetzugangsanbieter) zu erlangen, deren Dienste von Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden.¹⁰⁴ Der Ausschluss von Unterlassungsansprüchen sei nur dann unionsrechtskonform, wenn ein anderweitiger Sperranspruch zur Verfügung stünde („Umwidmung“). Mit dem neuen Anspruch aus § 7 Abs. 4 TMG¹⁰⁵ sei dies aber der Fall. Erforderlich sei allerdings, dass dieser entgegen des Wortlautes nicht nur auf WLAN-Betreiber, sondern auch auf sonstige Zugangsvermittler Anwendung fände („richtlinienkonforme Fortbildung“).¹⁰⁶

⁹⁸ F. Hofmann, ZfWG 2016, 304, 305.

⁹⁹ BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 15 – Dead Island.

¹⁰⁰ BGH GRUR 2007, 708 Rn. 35 ff. – Internet-Versteigerung II; vgl. BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 22 – Stiftparfüm.

¹⁰¹ Für klassische Access-Provider BGH GRUR 2016, 268 – Störerhaftung des Access-Providers.

¹⁰² 3. TMGÄndG, vgl. BGBl. I, 2017, S. 3530.

¹⁰³ „Sofern diese Diensteanbieter nicht verantwortlich sind, können sie insbesondere nicht wegen einer rechtswidrigen Handlung eines Nutzers auf Schadensersatz oder Beseitigung oder Unterlassung einer Rechtsverletzung in Anspruch genommen werden; dasselbe gilt hinsichtlich aller Kosten für die Geltendmachung und Durchsetzung dieser Ansprüche.“

¹⁰⁴ BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 41, 46 – Dead Island.

¹⁰⁵ „Wurde ein Telemediendienst von einem Nutzer in Anspruch genommen, um das Recht am geistigen Eigentum eines anderen zu verletzen und besteht für den Inhaber dieses Rechts keine andere Möglichkeit, der Verletzung seines Rechts abzuhelfen, so kann der Inhaber des Rechts von dem betroffenen Diensteanbieter nach § 8 Absatz 3 die Sperrung der Nutzung von Informationen verlangen, um die Wiederholung der Rechtsverletzung zu verhindern. Die Sperrung muss zumutbar und verhältnismäßig sein. (...)“

¹⁰⁶ BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 47, 49 – Dead Island.

(3) Reichweite gerichtlicher Anordnungen

Der EuGH hat auf Basis von Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL und Art. 11 S. 3 Enforcement-RL beispielsweise die Haftung von Internetzugangs Providern,¹⁰⁷ Internetmarktplätzen,¹⁰⁸ herkömmlichen Marktplatzbetreibern¹⁰⁹ oder sozialen Netzwerken¹¹⁰ begründet. Unabhängig von der eigenen Verantwortlichkeit kann damit beispielsweise ein Marktplatzbetreiber verpflichtet werden, neben den Maßnahmen, mit denen Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums durch die Nutzer seiner Dienste abgestellt werden sollen, Maßnahmen zur Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen zu treffen.¹¹¹ Der Betreiber eines Online-Marktplatzes kann folglich mittels gerichtlicher Anordnung gezwungen werden, zu vermeiden, „dass erneute derartige Verletzungen derselben Marken durch denselben Händler auftreten“. ¹¹² Intermediären können damit *erstens* Maßnahmen aufgegeben werden, die mittels ihrer Dienste bereits begangenen Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums zu beenden. *Zweitens* können sie verpflichtet werden, auch bestimmten neuen Verletzungen vorzubeugen.¹¹³

Steht ein rechtswidriger Nutzerinhalt bei einem sozialen Netzwerk in Streit (z. B. „Hatespeech“), kann ein nationales Gericht vom Plattformbetreiber also verlangen, „den Zugang zu gespeicherten Informationen, deren Inhalt wortgleich mit dem zuvor für rechtswidrig erklärten Inhalt ist, zu sperren oder sie zu entfernen, ganz gleich, wer den Auftrag zur Speicherung dieser Informationen gegeben hat.“¹¹⁴ Wie gesehen geht die Haftung aber entscheidend weiter: Auch „sinngleiche Inhalte“ gegenüber Inhalten, die zuvor für rechtswidrig erklärt worden sind, sind – im Lichte von Art. 18 E-Commerce-RL –¹¹⁵ von der „stay-down“-Verpflichtung umfasst. Sinngleiche Inhalte („sinngleiche Informationen“) stellen dabei auf Informationen ab, die eine Aussage vermitteln,

¹⁰⁷ EuGH GRUR 2014, 468 – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 98 – McFadden.

¹⁰⁸ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 125 ff. – L'Oréal/eBay.

¹⁰⁹ EuGH GRUR 2016, 1062 Rn. 21 ff. – Tommy Hilfiger.

¹¹⁰ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 28 – SABAM/Netlog.

¹¹¹ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 127 ff., 131 – L'Oréal/eBay.

¹¹² EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 141, 144 – L'Oréal/eBay; die deutsche Rechtsprechung verwendet eine ähnliche, aber doch etwas anders formulierte Formel: Der Verpflichtete muss „Vorsorge dafür treffen, dass es möglichst nicht zu weiteren gleichartigen Rechtsverletzungen kommt“, BGH GRUR 2007, 890 Rn. 43 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 29 – Alone in the dark. Zum einen muss der Unterlassungsschuldner verhindern, dass der rechtsverletzende Inhalt durch andere Nutzer erneut angeboten wird (BGH GRUR 2013, 370 Rn. 32 – Alone in the dark). Zum anderen erstreckt sich die Verpflichtung auch auf ähnliche („kerngleiche“) Verstöße durch denselben Verletzer, BGH GRUR 2007, 890 Rn. 44 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; dahinter steht die Kerntheorie aus dem Zwangsvollstreckungsrecht, vgl. *Spindler*, NJW 2019, 3274.

¹¹³ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 29 – SABAM/Netlog; EuGH GRUR 2012, 265 Rn. 31 – Scarlet/SABAM.

¹¹⁴ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 37 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

¹¹⁵ „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft es ermöglichen, daß rasch Maßnahmen, einschließlich vorläufiger Maßnahmen, getroffen werden können, um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen und zu verhindern, daß den Betroffenen weiterer Schaden entsteht.“

deren Inhalt im Wesentlichen unverändert bleibt und daher sehr wenig von dem Inhalt abweicht, der zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausgangsinhaltes geführt hat.¹¹⁶ Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes muss sich eine Unterlassungsverfügung nach dem EuGH auch auf Inhalte erstrecken können, deren Gehalt wegen der verwendeten Worte oder ihrer Kombination im Vergleich zu dem Inhalt, der für rechtswidrig erklärt worden ist, zwar leicht unterschiedlich formuliert ist, aber im Wesentlichen die gleiche Aussage vermittelt.¹¹⁷

Aus praktischer Sicht lauert hier die Gefahr eines „overblockings“.¹¹⁸ Wie soll, zumal bei semantischen Informationen, treffsicher beurteilt werden, ob eine leichte Abwandlung ebenfalls rechtswidrig ist oder schon eine kleine Veränderung die Aussage auf den Boden der Rechtmäßigkeit zurückholt? Der EuGH sieht das Problem selbst und betont daher, dass keine „übermäßige Verpflichtung des Hosting-Anbieters“ bestehen darf.¹¹⁹ Damit ein „sinngleicher Inhalt“ vorliegt, muss dieser spezifische Einzelheiten umfassen, die von demjenigen, der die Verfügung erlassen hat, gebührend identifiziert worden sind, wie den Namen der von der zuvor festgestellten Verletzung betroffenen Person, die Umstände, unter denen diese Verletzung festgestellt wurde, und einen Inhalt, der dem für rechtswidrig erklärten Inhalt sinngleich ist. Unterschiede in der Formulierung dieses sinngleichen Inhalts im Vergleich zu dem für rechtswidrig erklärten Inhalt dürfen jedenfalls nicht so geartet sein, dass sie den Hosting-Anbieter zwingen, eine „autonome Beurteilung“ dieses Inhalts vorzunehmen.¹²⁰

Die konkrete Ausgestaltung dieser jenseits der Täterhaftung angesiedelten Verantwortlichkeit von „innocent parties“¹²¹ obliegt den Mitgliedstaaten.¹²² Nach Erwägungsgrund 23 S. 2 Enforcement-RL sollen „Voraussetzungen und Verfahren für derartige Anordnungen“ Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bleiben.“¹²³ Hier besteht eine gewichtige Harmonisierungslücke. Folglich ist beispielsweise nach wie vor unklar, wie weit die Verpflichtung zu vorbeugenden Maßnahmen reicht,¹²⁴ auch wenn die eben referierte „Facebook-Entscheidung“ mit Blick auf „Hatespeech“ zumindest etwas mehr Licht ins Dunkel gebracht hat.¹²⁵

¹¹⁶ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 39 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

¹¹⁷ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 41 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

¹¹⁸ *Specht-Riemenschneider*, MMR 2019, 801; *Schröder*, K&R 2019, 722, 723; *Spindler*, NJW 2019, 3274, 3275.

¹¹⁹ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 44 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

¹²⁰ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 45 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

¹²¹ Vgl. *Husovec*, 4 JIPITEC, 116; *ders.*, *Injunctions Against Intermediaries in the European Union: Accountable, but not Liable?*, 2017; *J. B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 981.

¹²² EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 135 – L'Oréal/eBay; EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 43 – UPC Telekabel.

¹²³ Ähnlich Erwägungsgrund 59 InfoSoc-RL.

¹²⁴ *J. B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 980.

¹²⁵ Vgl. EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 38 ff. – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

(4) Grenzen gerichtlicher Anordnungen

(aa) More technological approach

In diesem Zusammenhang lässt sich bereits eine erste wichtige Erkenntnis ableiten: Die Pflichten von Plattformbetreibern hängen an den technischen Möglichkeiten („more technological approach“).¹²⁶ Der EuGH verweist in diesem Sinne darauf, dass zur Feststellung sinngleicher Inhalte auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung zurückgegriffen werden kann.¹²⁷ Auch der BGH erkennt an, dass die Plattformbetreiber treffende Pflichten „im Rahmen des technisch und wirtschaftlich Zumutbaren“ zu entwickeln sind.¹²⁸ Soweit eine anlassbezogen eingesetzte Filtertechnologie treffsicher Inhalte erkennt, spricht nichts gegen ihren Einsatz – ganz im Gegenteil, zumal bei überschaubaren Kosten. Ist dies aber nicht der Fall, ist das Verbraucherinteresse an Zugang zu Informationen höher zu gewichten;¹²⁹ „Löschungskollateralschäden“ sind tunlichst zu vermeiden. Die Grenzen der (gegenwärtigen) Filtertechnologie müssen also bei der Konfiguration der Plattformpflichten hinreichend berücksichtigt werden.¹³⁰

Dieser Gedanke kann bei der (richterrechtlichen) Ausfüllung von Verkehrspflichten als einer von mehreren allgemeinen Parametern zugrunde gelegt werden (näher u. C. Teil 2, II. 3.). Die technischen Möglichkeiten sowie vor allem auch deren Grenzen müssen bei der Determinierung der Plattform obliegenden Sorgfaltspflichten/Verkehrspflichten gespiegelt werden. Art. 17 DSM-RL kann hier übrigens als Vorbild dienen: Im vorgenannten Sinne sagt Art. 17 Abs. 5 DSM-RL, dass bei der Feststellung, ob der Diensteanbieter den in Absatz 4 festgelegten Verpflichtungen nachgekommen ist, im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter anderem Folgendes berücksichtigt [wird]: (...) die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen.

Zugleich wird schon jetzt klar, dass der Rechtsrahmen unbeschadet der Kodifizierung einzelner Plattformpflichten zugleich hinreichend flexibel sein muss, um auf Veränderungen, namentlich bei den technischen Möglichkeiten (Stickwort: KI), angemessen reagieren zu können. Die Dynamik der technischen Entwicklung muss vom Recht abgebildet werden können.¹³¹ Für den Umfang der Plattformverkehrspflichten bietet sich daher (wie gesagt vorbehaltlich einzelner, explizit

¹²⁶ Vgl. *Grünberger/Podszun*, ZGE 2014, 269.

¹²⁷ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 46 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

¹²⁸ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 32 – Alone in the dark.

¹²⁹ Vgl. insgesamt zur Problematik der „Uploadfilter“ *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, 365; *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355.

¹³⁰ *F. Hofmann*, jurisPR-WettbR 12/2019 Anm. 1.

¹³¹ *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, F 63 f.

kodifizierter Pflichten) ein generalklauselartig formulierter Auffangtatbestand an,¹³² der flexibel durch Richterrecht ausgefüllt werden kann (näher u. C. Teil 2 II. 2.).¹³³ Um dem Richter aber zumindest abstrakte Leitlinien an die Hand zu geben, sollen in diesem Gutachten auch „allgemeine Parameter“ formuliert werden, die bei der richterrechtlichen Konkretisierung der Verkehrspflichten helfen können (u. C. Teil 2 II. 3.). Ein solcher Regelungsansatz – kodifizierte Regelbeispiele und ein richterrechtlich auszufüllender Auffangtatbestand – ist der Rechtsordnung im Übrigen bekannt: prominentestes Beispiel ist die Regelungssystematik im Lauterkeitsrecht (UWG). Rechtssicherheit erfolgt dabei über die Bildung von Fallgruppen.

(bb) Unionsrechtliche Rechtsgrundsätze zur Haftungsbeschränkung

Dessen ungeachtet müssen die angeordneten Maßnahmen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein (Art. 3 Abs. 2 Enforcement-RL) und dürfen keine Schranken für den rechtmäßigen Handel errichten.¹³⁴ Anders formuliert: Über Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL/Art. 11 S. 3 Enforcement-RL vermittelte Unterlassungsansprüche müssen verhältnismäßig sein.¹³⁵ Das Unionsrecht überlässt die Ausgestaltung also im Ergebnis nicht allein den Mitgliedstaaten; es begrenzt die „Ansprüche“ gegen Mittelspersonen zugleich selbst. Zu beachten sind dabei vor allem auch das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten aus Art. 15 E-Commerce-RL (u. C. Teil 2, II. 4.).¹³⁶ Eine allgemeine Überwachungspflicht wäre ferner nicht mit Art. 3 Enforcement-RL zu vereinbaren, wonach die Maßnahmen im Sinne dieser Richtlinie gerecht und verhältnismäßig sein müssen und nicht übermäßig kostspielig sein dürfen.¹³⁷ Im Lichte dieser Norm können auch die Kosten eines Filtersystems zur Unzulässigkeit desselben führen.¹³⁸ Nicht zuletzt muss sichergestellt werden, dass die Maßnahmen gegen die Plattform „ein angemessenes Gleichgewicht“ zwischen den verschiedenen Rechten und Interessen herstellen.¹³⁹ Allen voran sind die europäischen Grundrechte zu beachten.¹⁴⁰ Auf diesen – besonders zentralen Aspekt – wird ebenfalls noch gesondert eingegangen (u. C. Teil 1, II. 5.).

¹³² So auch *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 103 ff., 106 f.; *ders.*, ZUM 2015, 308, 315.

¹³³ Auch die bisherige Rechtsprechung umschreibt die „Verkehrspflichten“ der Plattformen generalklauselartig, näher u. C. Teil 2 II. 3.

¹³⁴ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 135 ff., 144 – L'Oréal/eBay; vgl. EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 31 ff. – SABAM/Netlog; vgl. *Holzner*, ZUM 2018, 350, 355 f.

Ähnlich Erwägungsgrund 59 InfoSoc-RL.

¹³⁵ Vgl. auch *Fischman-Afori*, IIC 2014, 889.

¹³⁶ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 139 – L'Oréal/eBay; EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 33 – SABAM/Netlog.

¹³⁷ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 139 – L'Oréal/eBay; EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 34, 46 – SABAM/Netlog.

¹³⁸ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 46 und Rn. 47 (mit Blick auf die „unternehmerische Freiheit“) – SABAM/Netlog.

¹³⁹ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 143 – L'Oréal/eBay.

¹⁴⁰ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 45 – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 39 ff. – SABAM/Netlog.

b) Recht gegen den unlauteren Wettbewerb

Die Bestimmungen der Enforcement-RL sind auf das Recht gegen den unlauteren Wettbewerb nicht anwendbar.¹⁴¹ In der UGP-RL (RL 2005/29/EG) sind zwar Bestimmungen zur Rechtsdurchsetzung in Art. 11, 13 UGP-RL integriert, diese sind aber vage. Insbesondere gibt es keine spezifischen Vorgaben für die Haftung für Intermediäre. In der Literatur wird daher zum Teil vertreten, den Rechtsgedanken aus Art. 11 S. 3 Enforcement-RL entsprechend heranzuziehen.¹⁴² Die Plattformhaftung ist schließlich ein Problem der Rechtsdurchsetzung; es handelt sich um eine Frage der Passivlegitimation.¹⁴³ Die Gegenansicht will die vermittels „wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten“ abgebildete Haftung von Plattformen für Wettbewerbsverstöße¹⁴⁴ aus der Generalklausel ableiten. Art. 5 Abs. 2 UGP-RL („berufliche Sorgfalt“) wäre folglich die unionsrechtliche Grundlage für die Plattformhaftung.¹⁴⁵ Letzteres entspricht dem insbesondere im Urheberrecht zu beobachtendem Trend, die Täterhaftung auf typische Beteiligtenhandlungen auszuweiten (näher u. C. Teil 1, II. 4.). Da Plattformen aber wegen ihrer Mittlerrolle wertungsmäßig im Ergebnis nicht unbedingt haftbar sind (o. C. Teil 1, I. 2.), bedarf es dogmatischer Bausteine, um die uneingeschränkte Täterhaftung einzuschränken. Auch dies wird noch genauer erläutert (u. C. Teil 2, II.).

c) Schutz der Persönlichkeit

Auch bei Persönlichkeitsrechten findet sich keine Harmonisierung. Die zivilrechtliche Verantwortlichkeit u. a. wegen Verleumdung folgt aus dem nationalen Recht. Aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL kann insoweit nichts entnommen werden.¹⁴⁶ Das Unionsrecht gibt nur vor, inwieweit gerichtlichen Anordnungen (besser: Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen) wegen Art. 12 ff. E-Commerce-RL (und weiteren unionsrechtlichen Vorgaben, wie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder Unionsgrundrechten, u. C. Teil 1, II. 5.) Grenzen gesetzt sind.¹⁴⁷ Wie noch zu zeigen sein wird (u. C. Teil 1, II. 2. b)), bleibt insbesondere wegen Art. 14 Abs. 3 (s. a. Art. 12 Abs. 3 und Art. 13 Abs. 2) E-Commerce-RL die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter

¹⁴¹ Erklärung 2005/295/EG der Kommission zu Art. 2 Enforcement-RL, ABl. L 94 v. 13.04.2005.

¹⁴² *Ohly*, FS Ahrens, 2016, 135, 142 ff.; *F. Hofmann*, ZfWG 2016, 304, 309 f.; *ders.*, WRP 2020, 1089, 1095 f.

¹⁴³ *F. Hofmann*, JuS 2017, 713, 714.

¹⁴⁴ BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien.

¹⁴⁵ *Köhler*, WRP 2012, 22, 26; *Spengler*, Die Verbrauchergeneralklausel des UWG (2016), S. 203 ff.; so auch die Rechtsprechung, vgl. BGH GRUR 2014, 883 Rn. 22 – Geschäftsführerhaftung; BGH GRUR 2007, 890 Rn. 16, 21 f., 36 – Jugendgefährdende Medien („Verstoß gegen die Generalklausel des § 3 UWG [2004]“).

¹⁴⁶ EuGH MMR 2016, 63 Rn. 53 – Papasavvas.

¹⁴⁷ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 135 ff., 144 – L'Oréal/eBay; vgl. EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 31 ff. – SABAM/Netlog.

verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, oder dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr festlegen. Folglich sind nationale Regelungen wie das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG), wodurch insbesondere auch die persönliche Ehre, aber auch diverse strafrechtlich regulierte Rechtsgüter abgesichert werden, möglich.¹⁴⁸ In diesem Zusammenhang weist der EuGH freilich auch auf Art. 18 E-Commerce-RL¹⁴⁹ hin.¹⁵⁰ Auch hier besteht aber ein breiter nationaler Spielraum.¹⁵¹ Raum für nationale Spielräume, insbesondere für den Verbraucherschutz, eröffnet schließlich auch Art. 3 Abs. 4 lit. a Ziffer i E-Commerce-RL.

2. Haftungsprivilegierungen aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL

Art. 12 ff. E-Commerce-RL gewähren Haftungsprivilegierungen für die Zugangsvermittlung, das Caching und Hostprovider („safe harbour“-Bestimmungen). Begünstigt sind Dienste der Informationsgesellschaft.¹⁵² Erfasst ist ein breites, im Einzelfall aber nicht immer klar klassifizierbares Spektrum von Online-Akteuren,¹⁵³ beispielsweise ein Internetdienst, der darin besteht, den Kontakt zwischen Verkäufern und Käufern von Gegenständen zu erleichtern.¹⁵⁴ Die nationalen Normen zur Umsetzung dieser unionsrechtlichen Vorgaben finden sich im deutschen Recht in den §§ 7 ff. TMG. Diese Bestimmungen stehen in einem Spannungsverhältnis zu den soeben vorgestellten haftungsbegründenden Normen. Im deutschen Recht werden die Haftungsprivilegierungen dabei typischerweise nicht eigenständig subsumiert, sondern inzident bei den „Verkehrspflichten“ innerhalb der Störerhaftung, kurzum: bei den einen Plattformbetreiber treffenden Pflichten berücksichtigt.¹⁵⁵

¹⁴⁸ Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 13 f.

¹⁴⁹ „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß die nach innerstaatlichem Recht verfügbaren Klagemöglichkeiten im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft es ermöglichen, daß rasch Maßnahmen, einschließlich vorläufiger Maßnahmen, getroffen werden können, um eine mutmaßliche Rechtsverletzung abzustellen und zu verhindern, daß den Betroffenen weiterer Schaden entsteht.“

¹⁵⁰ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 26 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook; vgl. auch Erwägungsgrund 52 E-Commerce-RL.

¹⁵¹ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 29 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

¹⁵² Vgl. EuGH GRUR 2018, 921 Rn. 41 ff. – SNB-REACT/Deepak Mehta; EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 110 – Google und Google France; EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 109 – L'Oréal/eBay; EuGH MMR 2016, 63 Rn. 26 ff. – Papasavvas.

¹⁵³ *Madiega*, Reform der EU-Haftungsregelung für Online-Vermittler. Hintergrund zum bevorstehenden Gesetz über digitale Dienste, 2020, S. 1 f., 5 ff., 17 (abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_DE.pdf)).

¹⁵⁴ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 109 – L'Oréal/eBay.

¹⁵⁵ *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 99.

a) Anwendbarkeit

(1) Allgemeine Grundsätze

Damit die Privilegierungen aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL überhaupt anwendbar sind, darf der Diensteanbieter keine aktive Rolle spielen. Der Diensteanbieter darf lediglich ein „Vermittler“ sein.¹⁵⁶ Dies ist nicht der Fall, wenn der Anbieter des Dienstes, anstatt sich darauf zu beschränken, diesen mittels rein technischer und automatischer Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten neutral zu erbringen, eine aktive Rolle spielt, die ihm ein Kenntnis dieser Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte.¹⁵⁷ Die Anbieter dürfen weder Kenntnis noch Kontrolle über die von den Personen, an die sie ihre Dienste erbringen, weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzen.¹⁵⁸ Dies folgt aus Erwägungsgrund 42 E-Commerce-RL, wonach die in der E-Commerce-RL hinsichtlich der Verantwortlichkeit festgelegten Ausnahmen nur Fälle abdecken, in denen die Tätigkeit des Anbieters von Diensten der Informationsgesellschaft auf den technischen Vorgang beschränkt ist, ein Kommunikationsnetz zu betreiben und den Zugang zu diesem zu vermitteln, über das von Dritten zur Verfügung gestellte Informationen übermittelt oder zum alleinigen Zweck vorübergehend gespeichert werden, die Übermittlung effizienter zu gestalten. Diese Tätigkeit ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, dass der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt.

Wie dies im Einzelfall zu verstehen ist, obliegt der Beurteilung durch die nationalen Gerichte.¹⁵⁹ Dies sorgt für Rechtsunsicherheit, auch, wenn der EuGH Leitlinien vorgibt, beispielsweise für einen Online-Marktplatz,¹⁶⁰ einen Referenzierungsdienst¹⁶¹ oder einen Dienst der Vermietung und Registrierung von IP-Adressen, der es seinen Kunden ermöglicht, Domain-Namen und Websites anonym zu verwenden.¹⁶² Der bloße Umstand, dass beispielsweise der Betreiber eines Online-Marktplatzes die Verkaufsangebote auf seinem Server speichert, die Modalitäten für seinen Dienst festlegt, für diesen eine Vergütung erhält und seinen Kunden Auskünfte allgemeiner Art erteilt,

¹⁵⁶ EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 112 – Google und Google France; EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 112 – L'Oréal/eBay; EuGH MMR 2016, 63 Rn. 39 – Papasavvas; s. a. Überschrift vor §§ 12 ff. E-Commerce-RL („Abschnitt 4 – Verantwortlichkeit der Vermittler“).

¹⁵⁷ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 112 f. – L'Oréal/eBay; EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 114 – Google und Google France; EuGH MMR 2016, 63 Rn. 40 f. – Papasavvas.

¹⁵⁸ EuGH GRUR 2018, 921 Rn. 41, Rn. 47 – SNB-REACT/Deepak Mehta; EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 62 – McFadden.

¹⁵⁹ EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 119 – Google und Google France; EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 117 – L'Oréal/eBay; EuGH GRUR 2018, 921 Rn. 50 – SNB-REACT/Deepak Mehta; Beispiel: Corte di Cassazione, Urt. v. 19.3.2019 – 9133/2015, GRUR Int. 2019, 952 – RTI v. Yahoo.

¹⁶⁰ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 114 ff. – L'Oréal/eBay.

¹⁶¹ EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 115 ff. – Google und Google France.

¹⁶² EuGH GRUR 2018, 921 Rn. 49 f. – SNB-REACT/Deepak Mehta.

darf nach dem EuGH nicht dazu führen, dass die Haftungsprivilegierungen keine Anwendung finden.¹⁶³ Leistet ein solcher Betreiber hingegen Hilfestellung, die unter anderem darin besteht, die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote zu optimieren oder diese Angebote zu bewerben, ist davon auszugehen, dass er zwischen dem fraglichen als Verkäufer auftretenden Kunden und den potenziellen Käufern keine neutrale Stellung eingenommen, sondern eine aktive Rolle gespielt hat, die ihm ein Kenntnis der diese Angebote betreffenden Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte.¹⁶⁴ Eine solche aktive Rolle wäre also namentlich zu bejahen, wenn ein Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft es seinen Kunden ermöglicht, ihre Tätigkeit des Online-Verkaufs zu optimieren.¹⁶⁵ Da eine Presseverlagsgesellschaft, die auf ihrer Website die elektronische Fassung einer Zeitung veröffentlicht, grundsätzlich von den von ihr veröffentlichten Informationen Kenntnis hat und eine Kontrolle über diese Informationen ausübt, kann sie folglich nicht als „Vermittler“ angesehen werden.¹⁶⁶ Es fehlt an der typischen Intermediärsrolle (o. C. Teil 1, I. 2.). Sofern die weiteren Voraussetzungen der Art. 12 ff. E-Commerce-RL erfüllt sind, finden die Privilegierungen auch auf Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten wegen zivilrechtlicher Verantwortlichkeit für eine Verleumdung Anwendung.¹⁶⁷

(2) „Good Samaritan Paradox“

(aa) Einführung

Aus Sicht der Plattformen können sich vor diesem Hintergrund freiwillige Maßnahmen als Bumerang erweisen. Überwacht die Plattform die Einhaltung der Nutzungsbedingungen oder wird unbeschadet einer gesetzlichen Verpflichtung aus eigenem Antrieb nach (offensichtlich) rechtswidrigen Inhalten gesucht,¹⁶⁸ könnte dies eine „aktive Rolle“ implizieren. Richtigerweise darf aber dieses Bemühen nicht mit dem Verlust der Haftungsprivilegierungen einhergehen. Die Plattformhaftung darf nicht allein dadurch ausgelöst werden, weil sich der Betreiber (freiwillig) bemüht, dass Rechtsregeln einschließlich der Nutzungsbedingungen eingehalten werden.¹⁶⁹ Dies entspricht der Sichtweise der Kommission,¹⁷⁰ die wiederum überzeugend darauf verweist, dass sich ein solches Verhalten als fairer Ausgleich widerstreitender Interessen darstellt (vgl.

¹⁶³ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 115 – L'Oréal/eBay.

¹⁶⁴ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 115 f. – L'Oréal/eBay.

¹⁶⁵ EuGH GRUR 2018, 921 Rn. 48 – SNB-REACT/Deepak Mehta; EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 116 – L'Oréal/eBay.

¹⁶⁶ EuGH MMR 2016, 63 Rn. 45 – Papasavvas.

¹⁶⁷ EuGH MMR 2016, 63 Rn. 50 – Papasavvas.

¹⁶⁸ Verändert die Plattform Inhalte, hat der BGH eine unmittelbare Haftung angenommen, vgl. BGH GRUR 2017, 844 – klinikbewertungen.de.

¹⁶⁹ So i. E. auch BGH GRUR 2015, 1129 – Hotelbewertungsportal.

¹⁷⁰ (COM)2017 555 final, S. 10 f.

Erwägungsgrund 41 E-Commerce-RL). Zur Klarstellung: Die Implementierung derartiger (freiwilliger) Kontrollmaßnahmen entbindet selbstverständlich nicht von den allgemeinen Haftungsregeln.

Diesem sogenannten „good samaritan“-Ansatz¹⁷¹ würde Rechnung getragen, wenn, wie hier vorgeschlagen, rein formal zwischen fremden und eigenen Inhalten unterschieden würde, sodass ein freiwilliges Ausfiltern rechtsverletzender Inhalte ohne Veranlassung gerade nicht zum Verlust der Haftungsprivilegierung führen würde. Auf keinen Fall darf die Plattform eine entsprechende Verkehrspflicht treffen. Auch sollte der good samaritan-Ansatz nicht so umgesetzt werden, dass eine Vorabprüfung eine Haftungsprivilegierung auslöst. Es geht nach dem hier vertretenen Verständnis des good samaritan-Ansatzes allein darum, den Verlust bereits bestehender Haftungsprivilegien durch eine freiwillige „Vorab-Entschärfung“ von Rechtsverletzungen zu verhindern.

(bb) Handhabung im deutschen Recht

Im deutschen Recht spiegelt sich die Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Rolle in der Abgrenzung zwischen eigenen, zu eigen gemachten und fremden Inhalten. Für erstere besteht eine uneingeschränkte Verantwortlichkeit. Für die Beurteilung, ob beispielsweise eine wegen wettbewerbswidriger Werbung in Anspruch genommene Person sich fremde Äußerungen zu eigen macht, kommt es nach der Rechtsprechung des BGH entscheidend darauf an, ob sie nach außen erkennbar die inhaltliche Verantwortung für die Äußerungen Dritter übernimmt oder den zurechenbaren Anschein erweckt, sie identifiziere sich mit ihnen.¹⁷² Ob dies der Fall ist, ist aus der Sicht eines verständigen Durchschnittsnutzers auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände zu beurteilen.¹⁷³ Insgesamt ist die Rechtsprechung zurückhaltend.¹⁷⁴ So ist die statistische Auswertung zu bestimmten Durchschnittswerten und eine Weiterempfehlungsrates nicht mit einer inhaltlich-redaktionellen Kontrolle vergleichbar, so dass sich der Betreiber einer Internetseite die Inhalte allein deshalb nicht zu eigen macht.¹⁷⁵ Entsprechendes gilt für die der Veröffentlichung vorgeschaltete Prüfung eingehender Bewertungen, wenn deren automatische Überprüfung durch einen Wortfilter darauf ausgerichtet ist, Formalbeleidigungen oder unzulässige

¹⁷¹ Vgl. auch *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 112; ein solches fehlt im EU-Recht, *Leistner*, ZUM 2016, 580, 585; differenzierend *Madiega*, Reform der EU-Haftungsregelung für Online-Vermittler. Hintergrund zum bevorstehenden Gesetz über digitale Dienste, 2020, S. 22 f. (abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_DE.pdf)).

¹⁷² BGH GRUR 2015, 1129 Rn. 25 – Hotelbewertungsportal.

¹⁷³ BGH GRUR 2020, 543 Rn. 16 – Kundenbewertungen auf Amazon.

¹⁷⁴ BGH GRUR 2015, 1129 Rn. 25 – Hotelbewertungsportal.

¹⁷⁵ BGH GRUR 2015, 1129 Rn. 28 – Hotelbewertungsportal.

Eigenbewertungen zu finden. Bei der sich gegebenenfalls anschließenden manuellen Durchsicht darf keine inhaltliche Kontrolle der Bewertungen auf Richtigkeit, sondern lediglich eine weitere Überprüfung auf Einhaltung der Nutzungsbedingungen und etwaiger eigener Rechtspflichten erfolgen.¹⁷⁶ Insoweit ist der soeben diskutierte „good samaritan“-Ansatz im deutschen Recht vollumfänglich verwirklicht. Ein Portalbetreiber, der demgegenüber die in das Portal eingestellten Äußerungen eines Dritten auf die Rüge des von der Kritik Betroffenen inhaltlich überprüft und auf sie Einfluss nimmt, indem er selbstständig entscheidet, welche Äußerungen er abändert oder entfernt und welche er beibehält, macht sich diese Äußerungen nach dem BGH aber zu eigen.¹⁷⁷

(3) Gesetzgeberischer Handlungsbedarf?

Ob sich eine gesetzliche Präzisierung der Abgrenzung eigener Inhalte/fremder Inhalte oder die Konkretisierung einer aktiven respektive passiven Rolle empfiehlt, lässt sich auf zweifache Weise beantworten. Zum einen kann eine gesetzgeberische Ausfüllung dieser Kategorien für Rechtssicherheit sorgen. Vor allem wenn sich die Abgrenzung rein formal durchführen lässt, also keine weitergehende wertende Betrachtung vorzunehmen ist, kann dies für Klarheit sorgen. Freilich zeigt die bisherige Rechtsprechung, dass es vielfach auf die Umstände des Einzelfalls ankommt, kurzum: eine wertende Betrachtung erforderlich ist. Vor diesem Hintergrund lässt sich daher zum anderen argumentieren, dass es auf die genaue Abgrenzung im Grunde gar nicht allzu sehr ankommt. Die Abgrenzung zwischen eigenen Inhalten, zu eigen gemachten und fremden Inhalten oder der aktiven und passiven Rolle, spielt im Ergebnis keine tragende: Inwieweit die Plattform nämlich tendenziell „aktiv“ oder „passiv“ ist, kann bei der Ausgestaltung der die Plattform treffenden Verkehrspflichten („duty of care“) mit einfließen. Zwar haftet im deutschen Recht der mittelbar verantwortliche Störer (also die Plattform in passiver Rolle) traditionell lediglich auf Unterlassung und nur der unmittelbar verantwortliche Täter (also die Plattform in aktiver Rolle) auf Schadensersatz, letztlich lässt sich aber auch diese Unterscheidung über die Ausgestaltung der Verkehrspflichten abbilden. Nur auf den ersten Blick hängt allein eine mittelbare Haftung an der Verletzung von Verkehrspflichten. Bei einer unmittelbaren Haftung gilt schließlich nichts Anderes, auch wenn hier die Begründung einer Verkehrspflichtverletzung ohne Weiteres auf der Hand liegt. Bei eigenhändiger Zufügung einer Rechtsgutsverletzung versteht sich die Pflichtverletzung „in der Regel von selbst“.¹⁷⁸ Während beispielsweise der Jäger, der seine Waffe ungesichert am Küchentisch liegen gelassen hatte, für eine durch eine andere Person mit dieser Waffe verursachte Körperverletzung einzustehen hat (Argument: Verletzung von

¹⁷⁶ BGH GRUR 2015, 1129 Rn. 28 – Hotelbewertungsportal.

¹⁷⁷ BGH GRUR 2017, 844 – klinikbewertungen.de.

¹⁷⁸ *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 22.

Sicherungspflichten), kann auch den unmittelbaren Schützen der Sache nach eine Pflichtverletzung (Schießen auf einen Menschen) vorgeworfen werden. In diesem Sinne führt *Wagner* mit Blick auf die Unterscheidung eigener und fremder Inhalte aus: „Diese beiden Haftungsformen unterscheiden sich weder in ihren Rechtsfolgen noch in ihren abstrakten Voraussetzungen. In beiden Fallgruppen löst die fahrlässige Verursachung einer Rechtsverletzung die Haftung aus und sie richtet sich stets auf Unterlassung, Beseitigung und Schadensersatz. Der relevante Unterschied besteht allein darin, dass die Sorgfaltsanforderungen im einen Fall auf eigenes Verhalten, im anderen auf das Verhalten Dritter, das Verhalten der Plattformnutzer, gerichtet sind. Die Sorgfaltsstandards sind deshalb in jenem Fall strenger als in diesem.“¹⁷⁹

Auch insoweit kann ohne trennscharfe Abgrenzung unter Berücksichtigung von Grautönen gelten: Je weniger der Intermediär mit der Rechtsverletzung zu tun hat, desto höher sind die Anforderungen an entsprechende Pflichten und umgekehrt.¹⁸⁰ Im deutschen Haftungsrecht (vgl. § 823 BGB) spielt nach verbreiteter Ansicht die Unterscheidung zwischen unmittelbarer oder mittelbarer Haftung in diesem Sinne keine Rolle.¹⁸¹

Da aber dessen ungeachtet Kriterien für die Abgrenzung, zumal wenn sie auf einer rein formalen Betrachtung fußen, Rechtsklarheit fördern kann, wird eine solche Präzisierung im Gutachten vorgeschlagen (u. C. Teil 1, III. 1.). Der Sache nach sollte gleichwohl im Hinterkopf behalten werden, dass die Klassifizierung eines Inhalts als eigener Inhalt nichts Anderes bedeutet, als dass eine Verkehrspflicht besteht, den Inhalt proaktiv voll zu prüfen. Die Plattform trägt vollumfänglich das Prognoserisiko der Rechtmäßigkeit. Oder anders formuliert: Da sich der Plattformbetreiber für einen „eigenen Inhalt“ nicht (mehr) in der Vermittlerrolle befindet, bedarf es keiner Modifikationen der Haftung.¹⁸² Auch umgekehrt gilt im Übrigen: Soweit das Haftungsprivileg reicht, wird der deliktische Sorgfaltsmaßstab im Sinne einer Pflichtenreduktion konkretisiert.¹⁸³

¹⁷⁹ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 451.

¹⁸⁰ *F. Hofmann*, JuS 2017, 713, 718 f.

¹⁸¹ Vgl. nur *Looschelders*, Schuldrecht BT, 2017, § 57 Rn. 1176.

¹⁸² Vgl. *F. Hofmann*, GRUR 2017, 848, 849.

¹⁸³ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 448.

b) Hosting

(1) Einführung

Für das vorliegende Gutachten ist insbesondere die Bestimmung zum Hosting (Art. 14 E-Commerce-RL) von Interesse.¹⁸⁴ Hier ist das die Plattformhaftung prägende „notice and take down“-Verfahren angelegt. Art. 14 E-Commerce-RL lautet:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht, der Diensteanbieter nicht für die im Auftrag eines Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich ist, sofern folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a) Der Anbieter hat keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information und, in Bezug auf Schadenersatzansprüche, ist er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird, oder
- b) der Anbieter wird, sobald er diese Kenntnis oder dieses Bewußtsein erlangt, unverzüglich tätig, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.“

Diese Privilegierung, auf die sich beispielsweise Facebook mit Blick auf die Speicherung von Nutzerinhalten berufen kann,¹⁸⁵ greift nur, solange der Diensteanbieter keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat, mit Blick auf Schadenersatzansprüche sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst ist, aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird. Einem Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft ist mit Blick auf Schadenersatzansprüche die Inanspruchnahme der in Art. 14 E-Commerce-RL vorgesehene Ausnahme von der Verantwortlichkeit schon dann verwehrt, wenn er sich etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die in Rede stehende Rechtswidrigkeit hätte feststellen und nach Art. 14 Abs. 1 lit. b E-Commerce-RL hätte vorgehen müssen.¹⁸⁶ Manche sehen auch hier versteckte „Verkehrspflichten“.¹⁸⁷ Der Diensteanbieter verliert vor allem das Haftungsprivileg, wenn er auf die Rechtsverletzung

¹⁸⁴ Zur Zugangsvermittlung (Art. 12 E-Commerce-RL) insbesondere EuGH GRUR 2014, 468 – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2018, 1146 – McFadden; EuGH GRUR 2009, 579 Rn. 24 ff. – LSG/Tele2.

¹⁸⁵ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 22 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook; EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 27 – SABAM/Netlog.

¹⁸⁶ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 120 – L'Oréal/eBay.

¹⁸⁷ J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 978 f.; Frey, ZUM 2019, 40, 43; vgl. auch *Madiaga*, Reform der EU-Haftungsregelung für Online-Vermittler. Hintergrund zum bevorstehenden Gesetz über digitale Dienste, 2020, S. 2 f. („Sorgfaltspflichten und „notice and take down“-Verpflichtungen“, abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_DE.pdf)).

aufmerksam wird, sei es durch eigene Prüfung oder durch einen Hinweis von dritter Seite.¹⁸⁸ Zwar könne eine Anzeige nicht ohne Weiteres dazu führen, dass die Inanspruchnahme der in Art. 14 E-Commerce-RL vorgesehenen Ausnahme von der Verantwortlichkeit ausgeschlossen wäre, da sich Anzeigen vermeintlich rechtswidriger Tätigkeiten oder Informationen als unzureichend genau und substantiiert erweisen können. Allerdings stellt eine solche Anzeige in der Regel einen Anhaltspunkt dar, dem das nationale Gericht bei der Würdigung Rechnung zu tragen hat, ob sich der Betreiber in Anbetracht der ihm so übermittelten Informationen etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die Rechtswidrigkeit hätte feststellen müssen.¹⁸⁹

(2) Notice and take down-Verfahren

Dahinter verbirgt sich das die Intermediärhaftung prägende „notice-and-takedown“. Welche prozeduralen Anforderungen im Detail gelten (Anforderungen an einen haftungsbegründeten Hinweis, Auslegung des Begriffs „unverzüglich“¹⁹⁰ etc.), erklären indes weder die Richtlinie noch die Rechtsprechung.¹⁹¹ Ganz im Gegenteil: Ausweislich von Art. 14 Abs. 3 E-Commerce-RL bleibt die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern. Die Bestimmung sagt dabei auch, dass die Mitgliedstaaten Verfahren für die Entfernung einer Information oder die Sperrung des Zugangs zu ihr selbst festlegen. Ausweislich von Erwägungsgrund 46 E-Commerce-RL lässt die Richtlinie die Möglichkeit der Mitgliedstaaten unberührt, spezifische Anforderungen vorzuschreiben, die vor der Entfernung von Informationen oder der Sperrung des Zugangs unverzüglich zu erfüllen sind. Oder in den Worten des deutschen Gesetzgebers: Die E-Commerce-RL verhält sich nicht ausdrücklich zur Einrichtung eines Verfahrens für den Umgang mit Beschwerden, ganz zu schweigen von der Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, auch insoweit Bußgelder als Sanktion vorzusehen.¹⁹² Ferner lässt Erwägungsgrund 48 der E-Commerce-RL die Möglichkeit unberührt, dass die Mitgliedstaaten von Diensteanbietern, die von Nutzern ihres Dienstes bereitgestellte Informationen speichern, verlangen, die nach vernünftigem Ermessen von ihnen zu erwartende und in innerstaatlichen

¹⁸⁸ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 122 – L'Oréal/eBay; vgl. *Frey*, ZUM 2019, 40, 44.

¹⁸⁹ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 122 – L'Oréal/eBay.

¹⁹⁰ Vgl. mit Blick auf das NetzDG *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518, 520; *Nölscher*, ZUM 2020, 301, 302 ff.

¹⁹¹ *Ohly*, ZUM 2015, 308, 310 („notice and take down light“); *Specht*, ZUM 2017, 114, 120 f.; *Madiaga*, Reform der EU-Haftungsregelung für Online-Vermittler. Hintergrund zum bevorstehenden Gesetz über digitale Dienste, 2020, S. 7 f. (abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA\(2020\)649404_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2020/649404/EPRS_IDA(2020)649404_DE.pdf)).

¹⁹² BT-Drs. 18/12356, S. 13.

Rechtsvorschriften niedergelegte Sorgfaltspflicht anzuwenden, um bestimmte Arten rechtswidriger Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern.

Dass die Regulierung konkreter sein könnte, zeigt die Rechtslage in den USA,¹⁹³ wo beispielsweise die Anforderungen an den Hinweis auf eine Rechtsverletzung sehr viel genauer formuliert sind als dies durch die derzeitige Rechtsprechung des BGH für den deutschen Rechtsraum vorgegeben ist.¹⁹⁴ Auch auf europäischer Ebene empfiehlt es sich, die prozeduralen Anforderungen an das notice-and-takedown-Verfahren zu konkretisieren.¹⁹⁵ Das wird ausgeführt (u. C. Teil 2, II. 4).

c) Reine Durchleitung

Art. 12 E-Commerce-RL privilegiert die „reine Durchleitung“. Darunter fallen vor allem Fälle der Zugangsvermittlung zum Internet. Privilegiert werden Access-Provider einschließlich von WLAN-Netzen.¹⁹⁶ Art. 12 E-Commerce-RL lautet:

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, daß im Fall eines Dienstes der Informationsgesellschaft, der darin besteht, von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz zu übermitteln oder Zugang zu einem Kommunikationsnetz zu vermitteln, der Diensteanbieter nicht für die übermittelten Informationen verantwortlich ist, sofern er

- a) die Übermittlung nicht veranlasst,
- b) den Adressaten der übermittelten Informationen nicht auswählt und
- c) die übermittelten Informationen nicht auswählt oder verändert. (...)

Art. 12 Abs. 3 E-Commerce-RL lässt es indes zu, dass auch Access-Provider insbesondere Adressaten von Internetangebotssperren sein können.¹⁹⁷ Gerade hier sind aber die Haftungsgrenzen zu beachten (näher u. C. Teil 1 II. 5.).

d) Caching

Keine weitergehende Bedeutung hat Art. 13 E-Commerce-RL erlangt.

¹⁹³ Scgl. § 512 (c) (3).

¹⁹⁴ Skeptisch *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 113.

¹⁹⁵ Skeptisch *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 113.

¹⁹⁶ EuGH GRUR 2016, 1146 – McFadden/Sony Music.

¹⁹⁷ EuGH GRUR 2014, 458 – UPC Telekabel; vgl. zum englischen Recht High Court of Justice London (Chancery Division), Entsch. v. 17.10.2014 – [2014] EWHC 3354 (Ch) – GRUR 2015, 178.

e) Keine vollumfängliche Haftungsfreistellung

Die Haftungsprivilegierungen beziehen sich auf Schadensersatzansprüche.¹⁹⁸ Dies schließt die Erstattung der für ein Schadensersatzbegehren aufgewendeten Abmahnkosten oder Gerichtskosten ein.¹⁹⁹ Ausweislich von Art. 12 Abs. 3, Art. 13 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 3 E-Commerce-RL bleibt aber die Möglichkeit unberührt, dass ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern. Die Haftungsprivilegierungen finden auf Unterlassungsansprüche – das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten dürfte aber davon ausgenommen sein²⁰⁰ – keine Anwendung.²⁰¹ Unbeschadet der Haftungsprivilegierung, also unabhängig von der eigenen Verantwortlichkeit,²⁰² kann „eine gezielte Anordnung“ an den Betreffenden gerichtet werden, um einer Verletzung oder der Gefahr einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums ein Ende zu setzen oder diese Gefahr zu verhindern.²⁰³ Einem nationalen Gericht oder einer nationalen Verwaltungsbehörde steht es offen, von dem betreffenden Diensteanbieter zu verlangen, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern, einschließlich der Entfernung rechtswidriger Informationen oder der Sperrung des Zugangs zu ihnen.²⁰⁴ Zudem ist davon auszugehen, dass es namentlich Art. 12 Abs. 1 E-Commerce-RL für sich genommen auch nicht ausschließt, dass der Geschädigte die Erstattung der Abmahnkosten und Gerichtskosten verlangen kann, die für einen Unterlassungsantrag aufgewendet worden sind.²⁰⁵

Praktisch spielen nun aber vor allem Unterlassungsansprüche eine gewichtige Rolle, die von den Privilegierungen jenseits des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten nicht gesperrt sind. Insbesondere wird über sie die Möglichkeit zu Verhandlungen über Vergütungen ermöglicht. Ökonomisch gesprochen: Es liegt eine *property rule* vor. Selbst wenn die Unterlassungshaftung von der Verletzung bestimmter Verfahrensschritte abhängt (*prozeduralisierte property rule*),²⁰⁶ steht den Inhabern von Wirtschaftsrechten ein hinreichend scharfes Mittel zur Verfügung, um zu einer Einigung über eine Lizenzvereinbarung zu kommen. Auch im Bereich von Persönlichkeitsrechten, wettbewerbs- oder datenschutzrechtlichen Belangen liegt das Interesse

¹⁹⁸ EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 74 – McFadden/Sony Music.

¹⁹⁹ EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 75 – McFadden/Sony Music.

²⁰⁰ *Ohly*, GRUR 2018, 1139, 1141.

²⁰¹ EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 77 – McFadden/Sony Music.

²⁰² EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 25 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

²⁰³ EuGH GRUR 2018, 921 Rn. 51 – SNB-REACT/Deepak Mehta.

²⁰⁴ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 24 f. – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

²⁰⁵ EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 78 – McFadden/Sony Music.

²⁰⁶ *F. Hofmann*, GRUR 2018, 21, 24, 28 f.

primär auf der Einstellung der verbotenen Praxis als einer (praktisch ohnehin kaum bezifferbaren) Kompensation.

Ob darüber hinaus Schadensersatzansprüche als zu scharfe Sanktion zu privilegieren sind,²⁰⁷ ist nicht frei von Zweifeln.²⁰⁸ Ein Schadensersatzanspruch besteht schließlich nur, wenn eine Pflichtverletzung im Raum steht. Soweit diese Pflichten interessengerecht ausgestaltet sind, spricht letztlich wenig dagegen, auch eine Schadensersatzhaftung anzunehmen.²⁰⁹ So verhält es sich nicht nur mittlerweile im Lauterkeitsrecht,²¹⁰ sondern auch im europäischen Urheberrecht (vgl. Art. 17 Abs. 1 DSM-RL). Bei der interessengerechten Ausgestaltung der Plattformpflichten spielt statt der speziellen Haftungsprivilegierungen vielmehr das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten eine Rolle. Dies ist nun auf Basis der bisherigen Rechtsprechung vorzustellen.

f) Verbot allgemeiner Überwachungspflichten

Art. 15 E-Commerce-RL ordnet ein Verbot allgemeiner Überwachungspflichten an. Demnach erlegen die Mitgliedstaaten Anbietern von Diensten im Sinne der Artikel 12, 13 und 14 E-Commerce-RL keine allgemeine Verpflichtung auf, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Es sind keine Unterlassungsverfügungen zulässig, wodurch ein Plattformbetreiber verpflichtet wird, allgemein die von ihm gespeicherten Informationen zu überwachen und aktiv nach Umständen zu forschen, auf denen der rechtswidrige Inhalt beruht.²¹¹ Es wäre mit dieser Vorgabe unvereinbar, einer Hosting-Plattform aufzugeben, alle Daten sämtlicher seiner Kunden aktiv zu überwachen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vorzubeugen.²¹² Dieses Verbot steht im Ergebnis gleichwohl weder (1) weitreichenden ex-ante Maßnahmen noch (2) „stay-down“-Verpflichtungen entgegen,²¹³ auch

²⁰⁷ Vgl. *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 107 f.

²⁰⁸ *Wagner*, GRUR 2020, 329, 334 f.; *ders.*, GRUR 2020, 447, 451; *F. Hofmann*, JuS 2017, 713, 719.

²⁰⁹ Vgl. BGH GRUR 2013, 511 – Morpheus – hier stand neben dem über die Störerhaftung zu begründenden Unterlassungsanspruch ein Schadensersatzanspruch aus § 832 BGB im Raum. Dabei kam es aber nicht darauf an, ob neben der Unterlassungs- auch eine Schadensersatzhaftung denkbar ist, sondern die einschlägigen Verkehrspflichten in Form von Prüf- und Aufsichtspflichten interessengerecht auszugestalten.

²¹⁰ Vgl. *Köhler*, GRUR 2008, 1, 7.

²¹¹ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 42 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

²¹² EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 34, 38 – SABAM/Netlog; vgl. ähnlich EuGH GRUR 2012, 265 Rn. 40 – Scarlet SABAM.

²¹³ Vgl. Erwägungsgrund 40 E-Commerce-RL: „Die in dieser Richtlinie niedergelegten Bestimmungen über die Verantwortlichkeit sollten die verschiedenen Beteiligten nicht daran hindern, innerhalb der von den Richtlinien 95/46/EG und 97/66/EG gezogenen Grenzen technische Schutz- und Erkennungssysteme und durch die Digitaltechnik ermöglichte technische Überwachungsgeräte zu entwickeln und wirksam anzuwenden.“

wenn vielfach kritisiert wird, dass die Summe spezieller Überwachungspflichten wertungsmäßig einer allgemeinen Überwachungspflicht gleichkommt.²¹⁴

(1) Proaktive Pflichten

Ausweislich von Art. 17 Abs. 8 S. 1 DSM-RL (RL (EU) 2019/790) gilt das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten selbst im speziell geregelten Fall der Haftung von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten. In diesem neuartigen Haftungsregime bestehen aber weitreichende *ex ante* Verpflichtungen, um einer täterschaftlichen Haftung für von Nutzern auf Plattformen hochgeladene urheberrechtsverletzende Inhalte zu entgehen (Art. 17 Abs. 4 DSM-RL).²¹⁵ Teils wird angezweifelt, ob diese Bestimmung mit den Unionsgrundrechten vereinbar ist.²¹⁶ Derartige *ex ante*-Maßnahmen und das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten stünden sich unversöhnlich gegenüber. Die Implementierung sowohl von *ex ante*-Maßnahmen als auch die Einhaltung des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten entsprächen der „Quadratur des Kreises“.²¹⁷ Verwiesen wird dabei auf die Rechtsprechung des EuGH. Tatsächlich hat der EuGH in der Entscheidung SABAM/Netlog das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten grundrechtlich abgesichert.²¹⁸ In Streit stand die Frage, ob einem Hosting-Anbieter die Einrichtung eines weitreichenden Filtersystems aufgegeben werden kann.²¹⁹ Es droht, dass die Informationsfreiheit der Nutzer (Art. 11 EU-GrCh) ausgehebelt wird. Es besteht die Gefahr, dass ein Filtersystem nicht hinreichend zwischen einem unzulässigen und einem zulässigen Inhalt unterscheiden kann, so dass sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte.²²⁰

In der Literatur wird indes überzeugend darauf hingewiesen, dass die geforderten *ex ante*-Maßnahmen unter Verhältnismäßigkeitsvorbehalten stehen. Wird bei der Auslegung das Spannungsverhältnis zu Grundrechten der Nutzer berücksichtigt, bestehen keine Bedenken gegen die Vereinbarkeit mit primärem Unionsrecht.²²¹ Dies entspricht der Rechtsprechung des EuGH. Die in Unterlassungsverfügungen auferlegten Pflichten zulasten von Plattformbetreibern müssen schlussendlich verhältnismäßig sein.²²²

²¹⁴ Metzger, GRUR 2012, 384, 385; Nolte/Wimmers, GRUR 2014, 16, 22.

²¹⁵ Der konkrete Umfang ist strittig, vgl. F. Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1224 f. m.w.N.

²¹⁶ Spindler, CR 2019, 277, 287.

²¹⁷ Spindler, CR 2019, 277, 287.

²¹⁸ EuGH GRUR 2012, 382 – SABAM/Netlog.

²¹⁹ Vgl. auch EuGH GRUR 2012, 265 – Scarlet SABAM.

²²⁰ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 50 – SABAM/Netlog; EuGH GRUR 2012, 265 Rn. 52 – Scarlet SABAM.

²²¹ Specht-Riemenschneider, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 39 ff.

²²² EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 47 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

(2) Nachlaufende Pflichten

Auch nachlaufenden Maßnahmen, wonach Plattformen verpflichtet sind, „auch zur Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen [beizutragen]“,²²³ steht Art. 15 E-Commerce-RL nicht entgegen. Dies hat der EuGH in der „Facebook-Entscheidung“ bekräftigt. Zwar verbietet Art. 15 E-Commerce-RL den Mitgliedstaaten, Hosting-Anbietern eine allgemeine Verpflichtung, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen, aufzuerlegen. Dies soll aber nicht für Überwachungspflichten „in spezifischen Fällen“ gelten.²²⁴ In diesem Sinne sagt Erwägungsgrund 47 der E-Commerce-RL, dass die Mitgliedstaaten nur dann gehindert sind, den Diensteanbietern Überwachungspflichten aufzuerlegen, wenn diese allgemeiner Art sind. Das Verbot gilt nicht für Überwachungspflichten in spezifischen Fällen und berührt insbesondere nicht Anordnungen, die von einzelstaatlichen Behörden nach innerstaatlichem Recht getroffen werden. Ein solcher Fall kann ein spezifischer, in Streit stehender rechtswidriger Inhalt sein („einer konkreten Information“).²²⁵

Unklar ist indes, wo konkret die Grenze zwischen allgemeinen und spezifischen Überwachungspflichten verläuft. Ob dies durch eine gesetzgeberische Klarstellung aufgelöst werden kann, erscheint aber fraglich. Wie im zweiten Teil gezeigt werden wird, kommt es unbeschadet des konkreten dogmatischen Konzeptes aber ohnehin vielmehr darauf an, die „Verkehrspflichten“ der Plattform auf Basis der Plattformfunktionalitäten situationsspezifisch interessengerecht zu konfigurieren. Je spezifischer die Pflichten der Plattform, desto höher die Rechtfertigung für die Auferlegung derartiger Pflichten. Oder anders formuliert: Je stärker indirekt Verbraucherinteressen durch strenge Plattformpflichten berührt werden, desto stärker müssen zu schützende Rechte Dritter (Verbraucherrechte, Persönlichkeits- oder Immaterialgüterrechte) gefährdet sein (näher u. C. Teil 2, II. 4.). Wird beispielsweise auf einer Plattform irreführend über die Wirksamkeit eines Medikaments geworben, kann wegen der Gefährdung von Leib und Leben eine strengere Pflicht bestehen, selbst dann, wenn dies in dieser Situation die Gefahr erhöht, dass auch rechtmäßige Werbung im Rahmen einer Löschungsmaßnahme unterdrückt werden kann. Dies gilt natürlich auch umgekehrt. Zudem muss dies in allen Fällen durch prozedurale Absicherungen und materiell-rechtliche Nutzerrechte abgedeckt werden. Diese Grundsätze gelten allen voran für „stay-down“-Verpflichtungen als besonders weitreichende nachlaufende Verpflichtungen.

²²³ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 144 – L'Oréal/eBay.

²²⁴ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 24 f. – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook; *Holznapel*, ZUM 2018, 350, 351 f., 354 f.

²²⁵ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 35, 37 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

3. Subjektive Nutzerrechte

Wie in der Einleitung erwähnt, lag der Fokus bei der europäischen Intermediärhaftung lange Zeit einseitig auf der Frage des effektiven Rechtsschutzes. Allerdings sind auch die Nutzerinteressen zumindest im Ansatz rechtlich abgesichert. Das beginnt mit der Frage, ob Nutzer überhaupt *Rechte* haben. Namentlich im Urheberrecht werden Schranken traditionell nicht als subjektive Rechte der Nutzer, sondern als bloße Privilegien verstanden.²²⁶ Der EuGH spricht indes von „Rechten“ der Nutzer.²²⁷ Ob damit aber gemeint ist, dass den Nutzern eine klagbare Rechtsposition zugewiesen wird, erscheint fraglich. Es ist vielmehr anzunehmen, dass der EuGH mit dieser Formulierung betont, dass im Interessenausgleich eben auch die Interessen von Internetnutzern gleichrangig zu berücksichtigen sind.²²⁸ Etwas anderes könnte jedoch nach dem neuen Haftungsregime für Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten mit Blick auf Urheberrechtsverletzungen gelten. In der Literatur wird vertreten, dass Art. 17 Abs. 7 DSM-RL letztlich subjektive Nutzerrechte vermittelt.²²⁹ Zur Begründung lässt sich auf Art. 17 Abs. 9 DSM-RL verweisen. Dort heißt es in Art. 17 Abs. 9 S. 5 DSM-RL, dass die Mitgliedstaaten gewährleisten müssen, dass die Nutzer Zugang zu einem Gericht oder einem anderen einschlägigen Organ der Rechtspflege haben, um die „Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Beschränkung für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte geltend machen zu können“. Das setzt aber voraus, dass der Nutzer ein Recht hat, dass er gerichtlich „geltend machen“ kann. Die Klagbarkeit von Rechtspositionen ist wiederum Kennzeichen eines subjektiven Rechts.²³⁰ Die verfahrensrechtliche Absicherung von Nutzerrechten hat in der DSM-RL wie angedeutet eine deutliche Aufwertung erfahren.

Doch auch in der bisherigen EuGH-Rechtsprechung findet sich der Gedanke der prozeduralen Absicherung von Nutzerrechten. Soweit eine Internetsperre angeordnet wird, müssen die Rechte der Internetnutzer abgesichert werden. Dies folgt aus der grundrechtlich verbürgten Informationsfreiheit (Art. 11 EU-GrCh). Soweit eine Internetangebotssperre zur Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums eingesetzt wird, „ist es deshalb erforderlich, dass die nationalen Verfahrensvorschriften die Möglichkeit für die Internetnutzer vorsehen, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen, sobald die vom Anbieter von Internetzugangsdiensten getroffenen

²²⁶ Stieper, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 99 ff.; Zech, in: Leible/Ohly/Zech, Wissen – Märkte – Geistiges Eigentum, 2010, S. 187, 190 f.

²²⁷ EuGH GRUR 2019, 940 Rn. 54 – Spiegel Online.

²²⁸ F. Hofmann, jurisPR-WettbR 9/2019 Anm. 1.

²²⁹ F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 622; ders., GRUR 2019, 1219, 1227; Specht-Riemenschneider, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittlernder Plattformfunktionalitäten, S. 41; dies., Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 85.

²³⁰ Motive zu dem Entwurfe eines BGB, Bd. I, 357.

Durchführungsmaßnahmen bekannt sind.²³¹ Im deutschen Recht wird diese Vorgabe bis dato regelrecht missachtet. Der BGH verweist darauf, dass vertraglicher Rechtsschutz mittels des Providervertrags denkbar sei.²³² In der Literatur wird dies als unzureichend bewertet.²³³ Der EuGH dürfte aber ein *gesetzliches* Recht im Blick gehabt haben. Die stiefmütterliche Behandlung von Nutzerrechten könnte auch darin begründet sein, dass diese Vorgabe „nur“ richterrechtlich entwickelt, aber keine ausdrückliche gesetzliche Regelung hat. Daher kann Art. 17 Abs. 9 DSM-RL als allgemeines Vorbild dienen.²³⁴

Insgesamt sind Nutzerrechte nur rudimentär geregelt, allerdings auch klar angelegt. Vor allem in der Rechtswirklichkeit fehlt indes nach wie vor eine Symmetrie zwischen effektivem Rechtsschutz (Verletzung von Verbraucherrechten, Immaterialgüter- oder Persönlichkeitsrechten) und dem Schutz von Nutzerinteressen.²³⁵ Über die Störerhaftung werden Nutzerinteressen allenfalls indirekt („reflexartig“) über die Ausgestaltung von Verkehrspflichten berücksichtigt, während aber eine weitergehende prozedurale Absicherung einschließlich materiell-rechtlicher Gewährleistungen wünschenswert erscheint.²³⁶ Das Gutachten wird im zweiten Teil insoweit weitere Überlegungen vorstellen (u. C. Teil 2, II. 4 und 5.).

4. Trend: Ausweitung der Täterhaftung

a) Urheberrecht

Nicht zuletzt mangels Harmonisierung der Beteiligtenhaftung hat der EuGH in der Rechtsprechung zum Urheberrecht zunehmend typische Vermittlungshandlungen wie das Verlinken oder die Bereitstellung einer Infrastruktur für das Teilen oder Betrachten rechtswidriger Musik in den Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe hineingelesen.²³⁷ Das Verwertungsrecht auf Art. 3 InfoSoc-RL hat der EuGH zunehmend breit interpretiert und auf diese Weise die Intermediärhaftung in den eigentlichen Verletzungstatbestand integriert.²³⁸ Auch „mittelbare Wiedergabehandlungen“ sind erfasst.²³⁹ Damit schuldet der Plattformbetreiber anders als bei der

²³¹ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 57 – UPC Telekabel.

²³² BGH GRUR 2016, 268 Rn. 57 – Störerhaftung des Access-Providers.

²³³ Vgl. *Mantz*, GRUR 2017, 969, 975; *Leistner*, ZUM 2016, 580, 585; wären Internetangebotssperren als echte „gerichtliche Anordnungen“ nach Vorbild des § 101 Abs. 9 UrhG ausgestaltet, könnten Betroffene sich direkt gegen die gerichtliche Entscheidung wehren, vgl. *F. Hofmann*, GRUR 2015, 123, 129 f.

²³⁴ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 451.

²³⁵ *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1220.

²³⁶ *Leistner*, ZUM 2016, 580, 585.

²³⁷ EuGH GRUR 2017, 610 – Stichting Brein/Wullems; EuGH GRUR 2017, 790 – Stichting Brein/Ziggo u.a. [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 1152 – GS Media.

²³⁸ Nur *Ohly*, GRUR Int. 2018, 517; *ders.*, ZUM 2017, 793.

²³⁹ *Ohly*, GRUR 2018, 1039, 1039 f.

Störerhaftung²⁴⁰ potenziell zugleich Schadensersatz.²⁴¹ Gleichzeitig hat der EuGH dem objektiven Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe eine subjektive Komponente eingewoben. Gerade in „Beteiligtenfällen“ spielt das weitere Kriterium²⁴² der „zentrale[n] Rolle des Nutzers und der Vorsätzlichkeit seines Handelns“²⁴³ eine tragende Rolle. Auf diese Weise wird sichergestellt, dass der Tatbestand den tatsächlichen Haftungsbeitrag des Intermediärs flexibel erfassen kann. Eine bedingungslose Einstandspflicht würde der Rolle des Intermediärs nicht gerecht (o. C. Teil 1, I.), zumal insoweit wiederum auch die indirekt berührten Verbraucherbelange zu berücksichtigen sind.²⁴⁴ Ein privater Linksetzer, der nicht weiß, dass er auf einen rechtswidrigen Inhalt verlinkt, haftet auf diese Weise beispielsweise nicht.²⁴⁵ Durch eine Inkenntnissetzung aber hat der Plattformbetreiber volle Kenntnis der Folgen seines Verhaltens, was die täterschaftliche Verwirklichung einer öffentlichen Wiedergabe begründet.²⁴⁶

Dieses täterschaftliche Haftungskonzept²⁴⁷ kann weitgehende *ex ante*-Maßnahmen provozieren, zumal dann, wenn der Gedanke der Haftungsbegrenzung nicht hinreichend bedacht wird. Im zweiten Teil (C. Teil 2 I.) wird gezeigt, dass es für die sachgerechte Erfassung der Haftung von Intermediären darauf ankommt, deren Pflichten interessengerecht zu formulieren. Eine Haftung ist nicht unbedingt, sondern abhängig von der Verletzung situationsspezifischer Pflichten. Dies ist aber schlussendlich kein Problem des dogmatischen Konzepts (Täterhaftung mit Enthäftungsmöglichkeit vs. Haftungsfreistellung mit der Möglichkeit einer Haftung), sondern des Ausbuchstabierens der Plattformpflichten, die wiederum im Lichte der Plattformfunktionalitäten zu bestimmen sind. Daher ist gegen die eben referierte Rechtsprechung nichts einzuwenden, solange eben auch die Möglichkeit der Enthäftung vorgesehen ist. In der Literatur wird aber die Rechtsprechung des EuGH zum Recht der öffentlichen Wiedergabe in diesem Sinne verstanden,

²⁴⁰ Vgl. *Ohly*, GRUR 2018, 1039; abweichend von der h. M. wird indes vertreten, dass der „Schonmal-Störer“, also derjenige, der wiederholt gegen eine Verkehrspflicht etc. verstößt, auch auf Schadensersatz haftet, *Krüger/Apel*, MMR 2012, 144, 149 f.

²⁴¹ *Frey*, ZUM 2019, 40, 42.

²⁴² EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 34 – GS Media („Im Rahmen einer [individuellen] Beurteilung sind eine Reihe weiterer Kriterien zu berücksichtigen, die unselbstständig und miteinander verflochten sind. Da diese Kriterien im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Maß vorliegen können, sind sie einzeln und in ihrem Zusammenwirken mit den anderen Kriterien anzuwenden“).

²⁴³ EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 35 – GS Media.

²⁴⁴ Vgl. z. B. EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – GS Media („Insoweit ist festzustellen, dass das Internet für die durch Art. 11 EU-Grundrechtecharta gewährleistete Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit tatsächlich von besonderer Bedeutung ist und dass Hyperlinks zu seinem guten Funktionieren und zum Meinungs- und Informationsaustausch in diesem Netz beitragen, das sich durch die Verfügbarkeit immenser Informationsmengen auszeichnet.“).

²⁴⁵ EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 47 ff. – GS Media.

²⁴⁶ EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 49 f. – GS Media; vgl. *Frey*, ZUM 2019, 40, 42.

²⁴⁷ Eine andere dogmatische Erklärung liefert *Picker*, NJW 2015, 2304, 2306. Er sieht um das Schutzrecht einen „cordon sanitaire“; wird in diesen eingegriffen, besteht ein Unterlassungsanspruch.

dass der Verletzungstatbestand von der Verletzung von Verhaltens-, kurzum: Verkehrspflichten, abhängig ist.²⁴⁸ Auf diese Weise lassen sich auch über dieses breite Haftungskonzept vermittelte *ex ante*-Maßnahmen sachgerecht und hinreichend flexibel feinjustieren.

b) Datenschutzrecht

Auch das materielle Datenschutzrecht erfasst vielfach zugleich die Tätigkeit von Intermediären.²⁴⁹ Ein Suchmaschinenbetreiber beispielsweise kann selbst als „Verantwortlicher“ i.S.v. Art. 2 lit. d Datenschutzrichtlinie (RL 95/46) anzusehen sein.²⁵⁰ Für auf Facebook unterhaltene „Fanpages“ ist datenschutzrechtlich nicht nur Facebook primär verantwortlich, sondern auch der Betreiber der „Fanpage“.²⁵¹ Der datenschutzrechtliche Begriff des „für die Verarbeitung Verantwortlichen“ wird weit definiert als natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder jede andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet.²⁵² Anders als im Urheberrecht, wo die „weite“ Täterhaftung über subjektive Elemente zumindest ansatzweise eingegrenzt wird, fehlt es bislang an einem solchen Korrektiv im Datenschutzrecht.

c) Markenrecht

Enger ist die Rechtslage im Markenrecht. Der EuGH ist mit der Annahme einer eigenen, täterschaftlichen Markenverletzung zurückhaltend. Art. 5 Abs. 1 a. F. der Markenrichtlinie (RL 2008/95) ist nach dem EuGH dahin auszulegen, dass eine im geschäftlichen Verkehr auftretende Person, die auf einer Website eine Anzeige hat platzieren lassen, durch die eine Marke eines Dritten verletzt wird, das mit dieser Marke identische Zeichen nicht benutzt, wenn Betreiber anderer Websites diese Anzeige übernehmen, indem sie sie auf eigene Initiative und im eigenen Namen auf diesen anderen Websites veröffentlichen.²⁵³ Auch ein Referenzierungsdienst ist mangels eigener Benutzung eines markenrechtlich geschützten Zeichens nicht Täter einer Markenverletzung, wenn er zulässt, dass seine Kunden Zeichen benutzen, die mit Marken identisch oder ihnen ähnlich sind.²⁵⁴ Insoweit schuldet der Plattformbetreiber keine *ex ante* Maßnahmen. Ob

²⁴⁸ J. B. Nordemann, GRUR Int. 2018, 526, 530 ff.; Frey, ZUM 2019, 40, 41, 48.

²⁴⁹ Vgl. Hacker, MMR 2018, 779.

²⁵⁰ EuGH GRUR 2014, 895 Rn. 33 – Google Spain/AEPD; vgl. EuGH GRUR 2019, 1317 Rn. 49 – Google/CNIL.

²⁵¹ EuGH EuZW 2018, 534 Rn. 30 ff. – Facebook.

²⁵² EuGH EuZW 2018, 534 Rn. 27 f. – Facebook.

²⁵³ EuGH GRUR 2020, 868 – mk advokaten/MBK Rechtsanwälte; die jüngere deutsche Rechtsprechung zu aus Unterlassungstiteln folgenden „Rückruffpflichten“ (als Problem der Rechtsdurchsetzung) erscheint hingegen weiter, vgl. Abrar, GRUR-Prax 2020, 331.

²⁵⁴ EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 56 – Google und Google France.

bei bestimmten Plattformfunktionalitäten dessen ungeachtet bereits im Vorfeld Verkehrspflichten denkbar sind, wird im zweiten Teil näher untersucht (u. C. Teil 2, II. 4. b) (1) (aa)).

d) Lauterkeitsrecht

Auch im Lauterkeitsrecht besteht eine Täterhaftung.²⁵⁵ Wer durch sein Handeln im geschäftlichen Verkehr die ernsthafte Gefahr begründet, dass Dritte durch das Wettbewerbsrecht geschützte Interessen von Marktteilnehmern verletzen, ist auf Grund einer wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflicht dazu verpflichtet, diese Gefahr im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren zu begrenzen. Wer in dieser Weise gegen eine wettbewerbsrechtliche Verkehrspflicht verstößt, ist Täter einer unlauteren Wettbewerbshandlung.²⁵⁶ Dogmatisch wird diese von der Rechtsprechung auf die Generalklausel gestützt.²⁵⁷ Der (mittelbare) Rechtsverletzer nimmt also in der Interpretation des I. Zivilsenat selbst eine unlautere geschäftliche Handlung vor. Allerdings ist die Haftung über den Umfang der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten begrenzt.²⁵⁸ Wird über eine Plattform eine Rechtsverletzung begangen (genauer: werden wettbewerbsrechtlich geschützte Interessen gefährdet), haftet der Betreiber nicht unbedingt, sondern nur, wenn ihm ein spezifischer Pflichtenverstoß ereilt. Über die Konfiguration der Pflichten kann die spezifische Rolle des Intermediärs interessengerecht abgebildet werden. Wörtlich sagt der BGH: Das Bestehen wie der Umfang wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten „richtet sich im Einzelfall nach einer Abwägung aller betroffenen Interessen und relevanten rechtlichen Wertungen. Überspannte Anforderungen dürfen im Hinblick darauf, dass es sich um eine erlaubte Teilnahme am geschäftlichen Verkehr handelt, nicht gestellt werden. Entsprechend den zur Störerhaftung entwickelten Grundsätzen kommt es entscheidend darauf an, ob und inwieweit dem in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.“²⁵⁹ Mit anderen Worten: Die

²⁵⁵ Zur Dogmatik *Ohly*, GRUR 2017, 441; *F. Hofmann*, ZfWG 2016, 304, 306 ff.

²⁵⁶ BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien (2. Leitsatz).

²⁵⁷ BGH GRUR 2014, 883 Rn. 22 – Geschäftsführerhaftung; BGH GRUR 2015, 1025 Rn. 23 – TV-Wartezimmer; BGH GRUR 2007, 890 Rn. 16, 21 f., 36 – Jugendgefährdende Medien; die Haftung basiert letztlich auf der Verwirklichung eines selbständigen Gefährdungstatbestandes, *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1, 3 f., 9, 20, 29; die Gegenansicht sieht dies als Problem der Rechtsdurchsetzung, vgl. *Ohly*, GRUR 2017, 441; *F. Hofmann*, ZfWG 2016, 304, 307; *ders.*, WRP 2015, 1331, 1332.

²⁵⁸ BGH GRUR 2007, 890 Rn. 36 ff. – Jugendgefährdende Medien; auch im Patentrecht kann ein Intermediär wegen der Verletzung von Verkehrspflichten haften, vgl. BGH GRUR 2009, 1142 Rn. 30 ff., 34 ff., 36 – MP3-Player-Import („Diese im Einzelnen unterschiedlichen rechtlichen Erwägungen stimmen im Ergebnis darin überein, dass unvorsätzliches Handeln die Verantwortung für die unterstützte, von einem Dritten begangene Schutzrechtsverletzung nicht ausschließt, andererseits der Mitverursachungsbeitrag allein zur Begründung der Verantwortlichkeit nicht ausreicht, die Zurechnung der fremden Schutzrechtsverletzung vielmehr einer zusätzlichen Rechtfertigung bedarf. Sie besteht in der Regel in der Verletzung einer Rechtspflicht, die jedenfalls auch dem Schutz des verletzten absoluten Rechts dient und bei deren Beachtung der Mitverursachungsbeitrag entfallen oder jedenfalls als verbotener und daher zu unterlassender Beitrag des Handelnden zu der rechtswidrigen Handlung eines Dritten erkennbar gewesen wäre.“).

²⁵⁹ BGH GRUR 2007, 890 Rn. 38 – Jugendgefährdende Medien.

Annahme einer täterschaftlichen Haftung begründet zwar potenzielle *ex ante*-Pflichten. Solange Inhalt und Umfang dieser Pflichten der Sache nach der spezifischen Stellung des Intermediärs Rechnung tragen, liegt es im Ergebnis nicht anders als wenn eine täterschaftliche Haftung (wie bei der deutschen Störerhaftung) im Ausgangspunkt zwar nicht angenommen wird, allerdings dem Intermediär gleichwohl diverse Pflichten auferlegt werden, deren Verletzung ihn ebenfalls haftbar macht.

5. Bedeutung allgemeiner unionsrechtlicher Rechtsgrundsätze einschließlich der Unionsgrundrechte

a) Prinzipien der Haftungsbegrenzung

Unbeschadet der einfachgesetzlichen Regelungen wird der Rechtsrahmen vor allem durch die Unionsgrundrechte determiniert. Im Kern kommt es darauf an, dass zwischen den betroffenen Interessen ein angemessenes Gleichgewicht hergestellt wird („Gleichgewicht zwischen den verschiedenen Interessen“).²⁶⁰ Es muss ein „angemessenes Gleichgewicht“ zwischen den durch die Unionsrechtsordnung geschützten anwendbaren Grundrechten sichergestellt werden.²⁶¹ Im Lichte dieses Leitgedankens füllt der EuGH die einfachgesetzlichen Regelungen aus. Vielfach wird auf diese Weise der einfachgesetzliche Rahmen durch den EuGH jedoch schlussendlich richterrechtlich aktiv gestaltet. Die europäische Intermediärhaftung ist rechtsgebietsübergreifend maßgeblich durch den EuGH konturiert worden. Neben den Grundrechten kommt dabei dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine tragende Rolle zu.²⁶² Dieser spiegelt sich in den allgemeinen Bestimmungen der Rechtsdurchsetzung, Art. 3 Abs. 2 Enforcement-RL.²⁶³

Zum einen können mit diesen Überlegungen Verfügungen gegen Plattformen zum Schutze von Rechten Dritter begrenzt werden (bereits o. C. Teil 1, II. 1. a) (4) (bb)).²⁶⁴ Das Ziel beispielsweise, den Ruf und die Ehre einer Person wirksam zu schützen, darf damit nicht durch eine übermäßige Verpflichtung des Hosting-Anbieters verfolgt werden.²⁶⁵ Oder auch: Zwar dienen Anordnungen

²⁶⁰ Erwägungsgrund 41 E-Commerce-RL.

²⁶¹ EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 83 – McFadden; EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 45 f. – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2008, 241 Rn. 68 – Promusicae; vgl. auch EGMR NJW 2017, 2091 Rn. 71 ff. – Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete u. Index.hu Zrt/Ungarn.

²⁶² EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 46 – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 139 – L'Oréal/eBay; EuGH GRUR 2008, 241 Rn. 68 – Promusicae; zur UGP-RL EuGH GRUR 2015, 600 Rn. 57 f. – Ungarische Verbraucherschutzbehörde/UPC; *Fischman Afori*, IIC 2014, 889 („Proportionality – A New Mega Standard in European Copyright Law“; dieser Grundsatz sei gerade der Rechtsdurchsetzung immanent); *F. Hofmann/Kurz*, in: *F. Hofmann/Kurz* (Hrsg.), *Law of Remedies. A European Perspective*, 2019, S. 3.

²⁶³ Zu sonstigen europarechtlichen Grenzen für Verhinderungspflichten der Provider *Holznel*, ZUM 2018, 350, 355 f.

²⁶⁴ Vgl. EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 39 ff. – SABAM/Netlog; EuGH GRUR 2012, 265 Rn. 41 ff. – Scarlet SABAM.

²⁶⁵ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 44 – *Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook*.

auf Basis von Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL oder Art. 11 S. 3 Enforcement-RL auch dem Schutz des geistigen Eigentums (Art. 17 EU-GrCh); dieser Schutz ist jedoch nicht absolut.²⁶⁶ Der Schutz des Grundrechts auf geistiges Eigentum ist gegen den Schutz anderer Grundrechte abzuwägen.²⁶⁷ Im Kontext der Plattformhaftung muss folglich ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz des Rechts am geistigen Eigentum, den Inhaber von Urheberrechten genießen, und dem Schutz der unternehmerischen Freiheit, der Wirtschaftsteilnehmern wie den Hosting-Anbietern nach Art. 16 EU-GrCh zukommt, sichergestellt werden.²⁶⁸

Dabei müssen gerade auch die Grundrechte der Nutzer der Dienste mit in die Abwägung einbezogen werden: Im Raum stehen die über Art. 8 und 11 EU-GrCh geschützten Rechte auf den Schutz personenbezogener Daten (betroffen im Falle der Analyse von Nutzerinhalten)²⁶⁹ und auf freien Empfang oder freie Sendung von Informationen.²⁷⁰ Das Grundrecht der Internetnutzer auf Informationsfreiheit ist dabei von besonderer Bedeutung.²⁷¹ Ein Eingriff in die Informationsfreiheit der Nutzer ist dort begrenzt, wo Internetnutzer, die die Dienste des Intermediärs in Anspruch nehmen, um rechtmäßig Zugang zu Informationen zu erlangen, beeinträchtigt werden.²⁷² Namentlich Internetangebotssperren können die Freiheit der Empfänger auf Zugang zum Internet einschränken.²⁷³ Eine Internetangebotssperre wäre nicht geeignet ein angemessenes Gleichgewicht zwischen allen anwendbaren Grundrechten herzustellen, wenn eine solche Durchsetzungsmaßnahme den Internetnutzern unnötig die Möglichkeit vorenthalten würde, in rechtmäßiger Weise Zugang zu den verfügbaren Informationen zu erlangen.²⁷⁴ Auch das durch automatisierte Filter als Kollateralschaden auftretende „overblocking“ lässt sich als Argument gegen „Uploadfilter“ anführen.²⁷⁵ Mit Blick auf aktive Nutzer sind ferner die Meinungs- sowie Kunstfreiheit (Art. 11, 13 EU-GrCh) zu berücksichtigen.²⁷⁶

Nicht zuletzt werden vom EuGH Allgemeininteressen, wie die Funktionsfähigkeit des Internets, gewürdigt.²⁷⁷ Schließlich kann eine Abwägung auch das Vorhandensein von Rechtsbehelfen

²⁶⁶ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 40 f. – SABAM/Netlog; EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 61 – UPC Telekabel.

²⁶⁷ EuGH GRUR 2008, 241 Rn. 62 ff. – Promusicae/Telefónica.

²⁶⁸ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 44 – SABAM/Netlog.

²⁶⁹ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 49 – SABAM/Netlog.

²⁷⁰ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 48 – SABAM/Netlog.

²⁷¹ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 47, 55 – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 82 – McFadden.

²⁷² EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 56 – UPC Telekabel.

²⁷³ EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 82 – McFadden.

²⁷⁴ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 63 – UPC Telekabel.

²⁷⁵ EuGH GRUR 2012, 265 Rn. 52 – Scarlet SABAM.

²⁷⁶ Vgl. BGH GRUR 2011, 513 – AnyDVD.

²⁷⁷ EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – GS Media.

erforderlich machen.²⁷⁸ Auch der Verbraucherschutz ist primärrechtlich verankert (vgl. Art. 38 EU-GrCh). Dies kann etwa dazu führen, dass Rechtsschutz auf Bewertungsportalen gegeben sein muss.

b) Interessengerechte Plattformpflichten als allgemeiner Grundsatz

Was folgt daraus? Zum einen müssen die Haftungskonzepte für die Inanspruchnahme von Plattformen das vielschichtige Interessengeflecht spiegeln. Zum anderen erweisen sich im Lichte der (primärrechtlichen) grundrechtlichen Überlegungen einzelne, zumal allgemein gehaltene Regelungen mitunter als weniger entscheidend.²⁷⁹ Während im Fachdiskurs häufig die Haftungsprivilegierungen als „nicht mehr zeitgemäß“ gescholten werden,²⁸⁰ wird übersehen, dass die Haftungsgrundsätze für Plattformen mitunter gar nicht von der Anwendbarkeit dieser Regelungen abhängen. Ein Blick in die Rechtsprechung zeigt, dass die Privilegierungen für Intermediäre nicht allein mit der E-Commerce-RL zu begründen sind. Die für die Intermediärhaftung relevanten Haftungsbeschränkungen folgen vornehmlich aus anderen Rechtsgründen: Grundrechten,²⁸¹ allgemeinen Grundsätzen der Rechtsdurchsetzung aus Art. 3 Enforcement-RL,²⁸² Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,²⁸³ Verbot von Schranken für den rechtmäßigen Handel.²⁸⁴

Besonders deutlich wird dies an folgendem Beispiel: So hat der EuGH die Grundsätze der für die Online-Plattform eBay entwickelten Haftungsgrundsätze auf die Verantwortlichkeit eines analogen Marktplatzbetreibers übertragen.²⁸⁵ Einerseits ist die Haftungsnorm aus Art. 11 S. 3 Enforcement-RL nicht auf den E-Commerce beschränkt.²⁸⁶ Andererseits gelten die Beschränkungen der Haftung insbesondere aus Gründen der Verhältnismäßigkeit auch für Anordnungen gegenüber herkömmlichen Marktplatzbetreibern. Der EuGH verweist vollumfänglich auf die Rechtsprechung zu Online-Marktplätzen einschließlich des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten.²⁸⁷ Dies ist deshalb besonders bemerkenswert, weil die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-RL gemäß Art. 12 ff. in diesem Fall keine Anwendung finden, wohl aber die allgemeinen Grundsätze der Rechtsdurchsetzung aus der Enforcement-RL (Art. 3 Enforcement-RL). Paradoxerweise darf sogar angenommen werden, dass die Verpflichtung

²⁷⁸ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 57 – UPC Telekabel.

²⁷⁹ F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 624 f.

²⁸⁰ Vgl. Leistner/Metzger, IIC 2018, 381; Metzger, ZUM 2018, 233, 238.

²⁸¹ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 143 – L'Oréal/eBay.

²⁸² EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 138 – L'Oréal/eBay.

²⁸³ EuGH GRUR 2008, 241 Rn. 68 – Promusicae.

²⁸⁴ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 140 – L'Oréal/eBay.

²⁸⁵ EuGH, GRUR 2016, 1062 – Tommy Hilfiger.

²⁸⁶ EuGH GRUR 2016, 1062 Rn. 29 – Tommy Hilfiger.

²⁸⁷ EuGH GRUR 2016, 1062 Rn. 36, Rn. 33 ff. – Tommy Hilfiger.

zu vorbeugenden Maßnahmen („Maßnahmen zu treffen, die dazu beitragen zu vermeiden, dass erneute derartige Verletzungen durch denselben Händler auftreten“)²⁸⁸ im Vergleich zu Online-Marktplätzen weniger streng ausfällt. Dass der herkömmliche Marktplatzbetreiber aus technischen Gründen weniger gute Überwachungsmöglichkeiten hat, muss bei der Bestimmung des Umfangs der Pflichten des Plattformbetreibers hinreichend berücksichtigt werden (o. C. Teil 1, II. 2.).²⁸⁹

Für die praktisch entscheidende Unterlassungshaftung spielt es also bemerkenswerterweise keine entscheidende Rolle, ob sich der Intermediär auf ein Haftungsprivileg berufen kann. Das bestätigt auch Art. 17 DSM-RL. Auch wenn das Hostprovider-Privileg nicht mehr gilt (vgl. Art. 17 Abs. 3 DSM-RL), bleibt es dabei, dass Plattformen nach wie vor nicht wie herkömmliche Content-Provider haften. Der Plattform steht über Art. 17 Abs. 4 DSM-RL die Möglichkeit einer Enthaftung offen.

Auch der Setzer eines Links haftet im deutschen Lauterkeitsrecht im Regelfall überzeugenderweise erst, nachdem er auf die Rechtswidrigkeit der verlinkten Inhalte hingewiesen worden ist.²⁹⁰ Auch hier sind die Haftungsprivilegierungen nicht anwendbar; wohl aber argumentiert die Rechtsprechung mit deren Rechtsgedanken.²⁹¹

Debatten um die Abschaffung der Privilegien sind damit zumindest teils reine Scheindebatten. Für „fremde Inhalte“ wird nun einmal generell weniger streng gehaftet. Maßgeblich ist, welche Pflichten die Plattform hat. Hier spielt die Musik. Bei interessengerecht formulierten Plattformpflichten, die die Spezifika der die Plattformhaftung prägenden Mehrpersonenverhältnisse im Blick hat, wäre im Übrigen auch ein Schadensersatzanspruch weniger problematisch, zumal auch unter Art. 14 E-Commerce-RL ab Kenntnis solche Ansprüche nicht ausgeschlossen sind (vgl. bereits o. C. Teil 1, II. 2. a) (3)).

6. Zusammenfassende Bewertung

Die Vorgaben zur europäischen Intermediärhaftung sind weitgehend vage.²⁹² Sowohl haftungsbegründende „Anspruchsgrundlagen“ als auch haftungsbegrenzende Privilegierungsnormen sind nicht vollumfänglich harmonisiert. Es bleibt beachtlicher nationaler Spielraum. Vor allem Art. 12 ff. E-Commerce-RL lassen genauere Vorgaben für das „notice-and-takedown-Verfahren“ einschließlich des „notice-and-staydown“-Verfahrens vermissen. Es finden

²⁸⁸ EuGH GRUR 2016, 1062 Rn. 34 – Tommy Hilfiger; EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 138 ff. – L’Oréal/eBay.

²⁸⁹ F. Hofmann, GRUR 2016, 1064, 1065.

²⁹⁰ BGH GRUR 2016, 209 – Haftung für Hyperlink.

²⁹¹ BGH GRUR 2016, 209 Rn. 25 – Haftung für Hyperlink; vgl. auch Ohly, NJW 2016, 1417.

²⁹² Ohly, ZUM 2015, 308, 310 f., 313.

sich keine Vorgaben zum Ausmaß einzelfallbezogener und konkreter Prüfungs- und Überwachungspflichten. Allen voran prozedurale Anforderungen entbehren einer Harmonisierung. Nutzerrechte sind nur rudimentär explizit angelegt. Der Rahmen wird bisher vor allem über die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert, der seine Überlegungen vielfach grundrechtlich absichert. Tatsächlich lassen sich die tragenden Grundsätze aus über die Grundrechte vermittelten Interessenabwägungen festmachen. Aus Verbrauchersicht spielen folgende Aspekte eine entscheidende Rolle:

- Dem europäischen Gesetzgeber sind bei der Plattformhaftung durch die Unionsgrundrechte Grenzen gesetzt. Es kommt stets auf eine umfassende Interessenabwägung an. Einfachgesetzliche Regelungen sind grundrechtskonform auszulegen. Zudem gelten die allgemeinen Grundsätze der Rechtsdurchsetzung, beispielsweise der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.
- Maßnahmen, die Plattformen auferlegt werden, können Verbraucher beeinträchtigen. Dies ist bei der Folgenabschätzung zu bedenken. Die Grenzen des technisch Machbaren sind im Recht zu spiegeln.
- Je höher die Haftungsrisiken der Plattformen, desto höher die Bereitschaft Inhalte zu löschen. Es bedarf daher Absicherungen, dass die Plattform dort privilegiert wird, wo ein Inhalt nicht gelöscht wird, weil die Plattform glauben durfte, es handele sich um einen rechtmäßigen Inhalt.
- Die Bedeutung des Hostprovider-Privilegs darf nicht überschätzt werden. Für die Plattformhaftung spielt es weniger eine Rolle, ob Art. 14 E-Commerce-RL Anwendung findet oder nicht. Auch jenseits der Geltung der Haftungsprivilegierungen sind nach der Rechtsprechung die unterschiedlichen Interessen fair auszugleichen. Die Rolle der Plattform bei der Rechtsverletzung kann einzelfallbezogen über den Umfang der die Plattform treffenden Verkehrspflichten abgebildet werden. Statt sich in einer binären Abgrenzung zwischen aktiver und passiver Rolle zu verlieren, kann eine Feinsteuerung über eine interessengerechte Ausgestaltung von Verkehrspflichten vorgenommen werden. Die interessengerechte Konfiguration der Plattformverkehrspflichten ist auch wichtiger als Scheindebatten um Anwendbarkeit von Haftungsprivilegierungen zu führen. Allgemein gilt: Je aktiver die Plattform, desto leichter lassen sich entsprechende Plattformpflichten begründen.²⁹³ Die Feinabstimmung hat freilich auch unter Einschluss von Verbraucherbelangen, die durch Plattformpflichten indirekt berührt werden, zu erfolgen.

²⁹³ Vgl. z. B. BGH GRUR 2017, 844 – klinikbewertungen.de.

- Eine andere Frage ist es, ob der europäische Gesetzgeber klarstellt, dass die proaktive, freiwillige Suche nach Rechtsverletzungen für sich genommen kein Grund ist, der Plattform strengere Pflichten aufzuerlegen. Freiwillige Kontrollmaßnahmen sollten weder zu einer Haftungsverschärfung noch zu einer Haftungsfreistellung führen.
- Während es wünschenswert erscheint, die prozeduralen Anforderungen an die Plattformhaftung (Ausgestaltung von „notice and takedown“) zu konkretisieren, darf die gesetzgeberische Gestaltungskraft im dynamischen Umfeld der Intermediärhaftung nicht überschätzt werden. Der Rechtsprechung ist es über Grundrechtsabwägungen durchaus gelungen, auch die Interessen von Verbrauchern hinreichend zu würdigen.
- Anerkennung von Nutzerrechten: Derartige Rechte sind dem Unionsrecht zwar bekannt, aber nur rudimentär ausgestaltet. In der Rechtswirklichkeit ist die Bedeutung ebenfalls gering. Dies könnte sich ändern, da Art. 17 DSM-RL Nutzerrechte im Bereich des Urheberrechts explizit anerkennt und prozedural absichert.
- Unbeschadet der Plattformhaftung hat das einschlägige materielle Recht selbst interessengerecht zu sein. Die Plattformhaftung ist vor allem Rechtsdurchsetzungsinstrument, nicht ein Mittel, um beispielsweise weitergehende Schranken im Urheberrecht (z. B. user-generated-content) zu etablieren. Das bedeutet aber nicht, dass derartige Debatten nicht zu führen sind; Fragen der Ausgestaltung der einschlägigen, auch im Internet Gültigkeit beanspruchenden allgemeinen Rechtsregeln dürfen nur nicht mit Fragen der Plattformhaftung vermengt werden.

III. Kategorien und Funktionen des Plattformhandelns

Zentrales Anliegen dieses Gutachtens ist es, Plattformhandeln funktionszentriert und funktionsadäquat zu regulieren. Plattformen sind nun aber vielgestaltig und heterogen.²⁹⁴ Sie bieten einen Austausch zwischen Nutzern im Hinblick auf Text-, Audio- oder Videoinhalte an, sie erlauben es, Inhalte zu bewerten, Produkte zu erwerben und nach Inhalten zu suchen. Gleichzeitig ist es aber auch nicht ausgeschlossen, dass Plattformen selbst zum Vertragspartner werden und Leistungen und Inhalte nicht mitteln, sondern vielmehr selbst erbringen. So vielgestaltig Plattformhandeln aber auch sein kann, es lässt sich erstens kategorisieren und zweitens funktionsbasiert beschreiben. Dies erlaubt es, die identifizierten Kategorien und Funktionen des Plattformhandelns regulatorisch zu adressieren. Denn sofern sich bei der Nutzung von Plattformen rechtliche Probleme ergeben, leitet sich hieraus regulatorischer Handlungsbedarf in der Regel nicht für die Plattform an sich, sondern zumeist ausschließlich für einzelne Kategorien und Funktionen des Plattformhandelns ab.

Die Regelungen der E-Commerce-RL verschließen sich einem solchen formal kategorieorientierten und funktionszentrierten Ansatz bereits *de lege lata* nicht – ganz im Gegenteil findet sich in der Rechtsprechung bereits heute in der Regel ein Bezug zu einzelnen Kategorien und Funktionalitäten eines Plattformhandelns. Dieser Ansatz, der sich – wenn auch nicht explizit, so aber jedenfalls bei verständiger Würdigung der einschlägigen Rechtsprechung – findet, sollte sich unbedingt in legislativem Handeln fortsetzen. Soweit also Pflichten von Plattformen (dogmatisch in Form von Verkehrspflichten) gesetzlich normiert werden sollen, ist es wichtig, diese Verkehrspflichten an abstrahierte Kategorien und Funktionen des Plattformhandelns anzuknüpfen, nicht an die Plattform an sich.

1. Formal kategorie-orientierte Unterscheidung zwischen Verletzer und Mittelsperson

Einerseits ist eine Unterscheidung in Plattformfunktionalitäten erforderlich, die die Plattform selbst ausfüllt (einseitige Plattformfunktionalität) und solche Funktionen, in denen sie lediglich eine Mittlerrolle einnimmt (mehrseitige Plattformfunktionalität).²⁹⁵ Einseitige und mehrseitige Plattformfunktionalitäten sollen hier zum besseren Verständnis als Kategorien bezeichnet sein. Bereits im geltenden Recht angelegt ist diese Unterscheidung zwischen eigenem Handeln der Plattform, mit dem sie zum Verletzer werden kann, und Inhaltsmittler, vgl. Art. 11 der

²⁹⁴ Zu den Charakteristika von Plattformen o. C. Teil 1 I. 2.

²⁹⁵ *Berberich* will in diesem Sinne differenzieren in „Inhalteanbieter“, die im Wesentlichen die einseitige Plattform beschreiben dürften, sowie Infrastrukturdienstleister, die gleichbedeutend sein dürften mit mehrseitigen Plattformen, vgl. GRUR-Prax 2017, 269, 269.

Durchsetzungsrichtlinie.²⁹⁶ Diese formale Unterscheidung liegt auch dem Urteil in der Rechtssache L'Oréal/eBay zugrunde.²⁹⁷ Diese Unterscheidung wird zumindest in der deutschen Rechtsprechung derzeit anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung getroffen. Es kommt darauf an, ob die Plattform bzw. der Plattformbetreiber für die Inhalte in erkennbarer Weise aus der Sicht eines Dritten die Verantwortung übernimmt (ausführlich o. C. Teil 1, II. 2.).²⁹⁸ Der EuGH unterscheidet, ob die Plattform selbst die täterschaftliche Handlung vornimmt oder als Mittler von Leistungen auftritt, und dabei entweder eine aktive Rolle oder eine passive Rolle einnimmt. Nur bei passiver Rolle kann die Plattform das Hostprovider-Privileg des Art. 14 E-Commerce-RL für sich in Anspruch nehmen. Bei aktiver Rolle haftet die Mittelsperson wie der Verletzer.²⁹⁹ Eine aktive Rolle soll insbesondere dann vorliegen, wenn der Plattformbetreiber die Präsentation in Rede stehende Verkaufsangebote optimiert oder diese bewirbt (o. C. Teil 1, II. 2. a) (1)).³⁰⁰ Auch hier kommt es also im Ergebnis zu einer wertenden Gesamtbetrachtung. Im Urheberrecht wurde diese formale Unterscheidung zwischen Inhaltsanbieter (Verletzer) und Inhaltsmittler zuletzt aufgegeben und selbst solche Tätigkeiten als täterschaftliche Handlung angesehen, die originär Mittlungstätigkeiten sind, z. B. der Betrieb der Filesharing-Plattform „The Pirate Bay“ (o. C. Teil 1, II. 4. a)).³⁰¹

Eine wertende Gesamtbetrachtung will insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass durch Aufbereitung der Plattformangebote eine Kenntnis der Inhalte erfolgen kann, an die in Art. 14 E-Commerce-RL der Entfall des Host-Provider-Privilegs geknüpft ist.³⁰² Das ist aber bereits deshalb nicht pauschal richtig, weil eine Aufbereitung im o. g. Sinne heute auch durch einen Algorithmus erfolgen kann, dessen Handeln eine aktive Kenntnisvermittlung der Inhalte an den Plattformbetreiber nicht zwingend begründet.

Vorgeschlagen sei hier daher, die einzelnen Plattformhandlungen zunächst rein formal zu kategorisieren in eigenes Handeln, das ohne Weiteres eine Verletzereigenschaft begründen kann,

²⁹⁶ Berichtigung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

²⁹⁷ GRUR 2011, 1025, Rn. 102 ff.

²⁹⁸ BGH MMR 2018, 449.

²⁹⁹ Vgl. die treffenden Ausführungen in BGH MMR 2019, 37 Rn. 55 – YouTube.

³⁰⁰ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 116.

³⁰¹ EuGH GRUR 2017, 790 – *The Pirate Bay*.

³⁰² EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 123: „Demnach ist auf die neunte Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 14 der Richtlinie 2000/31 dahin auszulegen ist, dass er auf den Betreiber eines Online-Marktplatzes Anwendung findet, sofern dieser keine aktive Rolle gespielt hat, *die ihm eine Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie ermöglicht* [Hervorhebung durch die Verfasser]. Dieser Betreiber spielt eine solche Rolle, wenn er Hilfestellung leistet, die unter anderem darin besteht, die Präsentation der fraglichen Verkaufsangebote zu optimieren oder diese zu bewerben.“

und die Mittelung von Inhalten, also klassische Intermediärfunktionalität.³⁰³ Auch eine automatisierte Vorabprüfung von Inhalten sollte wie erwähnt (o. C. Teil 1, II. 2. a) (2) zum „Good Samaritan Paradox“) eine aktive Rolle der Plattformbetreiber nicht begründen, um eine falsche Anreizsetzung zu vermeiden,³⁰⁴ ebenso wenig die automatisierte Anordnung und Bewerbung von Inhalten.³⁰⁵ Nur eine eigenmächtige Änderung von Inhalten führt auch bei formaler Abgrenzung zwischen eigenen und fremden Inhalten dazu, dass die Plattform den Inhalt selbst anbietet.³⁰⁶ Die Mittelung von Inhalten sollte generell einer Haftung erst nach einem Inkennntnissetzen von rechtsverletzenden Inhalten unterliegen (notice-and-takedown), ohne dass es darauf ankommt, ob eine bei wertender Betrachtung aktive oder passive Rolle des Inhaltsmittlers vorliegt. Denn bei genauer Betrachtung handelt es sich zumindest bei einigen der in die nach derzeitiger Rechtsprechung vorzunehmende Gesamtbetrachtung einzubeziehenden Parameter um Eigenleistungen der Plattform, die nichts mit der formalen Mittelung von Fremdinhalten zu tun haben. Die Anordnung von Inhalten beispielsweise ist eine Eigenleistung der Plattform, die reguliert werden kann (und sollte), die aber formal nichts an der Mittelung der Fremdinhalte ändert, die angeordnet und beworben werden. Hier sollte beispielsweise darüber nachgedacht werden, ob eine zufallsbasierte Listung anstelle der Listung nach persönlichen Vorlieben zur Auswahl stehen muss. Dies berührt indes ein anderes Feld als die hier behandelte Plattformhaftung im Sinne einer Verantwortlichkeit für vermittelte Inhalte (o. C. Teil 1, II. 2.)

Nach diesem formal kategorie-orientierten Ansatz wären beispielhaft folgenden Eigenleistungen der Plattform denkbar:

- Anordnung von Fremdinhalten
- Bereithaltung eigener Inhalte, z.B. Einblendung von Eigenwerbung
- Eigene Datenverarbeitung im Sinne des Art. 4 Nr. 2 DSGVO
- Anbieten und Verkauf eigener Produkte/eigener Leistungen
- Berechnung einer Gesamtbewertung aus den von Nutzern abgegebenen Einzelbewertungen.³⁰⁷

³⁰³ Diese rein formale Unterscheidung findet sich im Wesentlichen auch in den Schlussanträgen des Generalanwaltes Saugmandsgaard in den verbundenen Rechtssachen C-682/18 und C 683/18, lediglich der Aussage in Rn. 75, sofern der Eindruck erweckt werde, die Inhalte stammten vom Anbieter, sind sie als solche zu behandeln, wäre nach diesem streng formal kategorie-orientierten Ansatz nicht zu folgen.

³⁰⁴ So auch: Saugmandsgaard, Schlussanträge v. 16.07.2020, verbundene RS C-682/18 und C- 683/18 Rn. 78.

³⁰⁵ A.A. BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 24 – Stiftparfüm.

³⁰⁶ BGH GRUR 2017, 844 – klinikbewertungen.de.

³⁰⁷ Nach der Rechtsprechung des BGH ist eine Gesamtbewertung aber nicht bereits dann fehlerhaft, wenn die Gesamtbewertung eines Unternehmens nicht nach den mathematischen Gesetzmäßigkeiten aus allen Einzelbewertungen berechnen, sondern von den abgegebenen Bewertungen nur diejenigen berücksichtigt sind, die die Plattform für vertrauenswürdig und nützlich hält. Für den unvoreingenommenen und verständigen Nutzer der

Theoretisch bedürfte es einer solchen Unterscheidung zwischen eigenem und fremdem Handeln nicht, wenn man schlicht die Verkehrspflichten zunehmend strenger ausgestaltete, je näher die Plattform an der Rechtsverletzung dran ist.³⁰⁸ Verkehrspflichten sind nichts anderes als Verhaltenspflichten. Bei eigenen Handlungen der Plattform verbietet die Verkehrspflicht letztlich schlicht dieses eigene Verhalten, während sie bei fremden Rechtsverletzungen in der Regel weniger streng ausfällt und der Plattform schlicht Vorgaben dafür macht, welche Anstrengungen zu unternehmen sind, um die Rechtsverletzung durch Dritte zu unterbinden (näher o. C. Teil 1 II. 2. a) (3)).

Eine formal-kategorische Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Rechtsverletzungen kann in der praktischen Rechtsanwendung aber Rechtssicherheit hervorrufen und wird daher hier vorgeschlagen. Die an späterer Stelle dieses Gutachtens vorgeschlagenen Verkehrspflichten beziehen sich daher ausschließlich auf die Mittelungsfunktion der Plattform.

2. Funktionszentrierte Regulierung der Mittelung von Fremdinhalten

Bei den von Dritten vermittelten Inhalten lässt sich funktionszentriert unterscheiden zwischen der Mittelung von Information (Suchmaschinentätigkeit), Transaktion (Vertragsabschlüsse mit Dritten) und Interaktion (Vermittlung von Text-, Audio- oder audiovisuellen Inhalten), wobei sämtliche Funktionen auf einer einzigen Plattform angeboten werden können.³⁰⁹ Beispielhaft verwiesen sei auf die Möglichkeit, über das soziale Netzwerk Facebook einerseits Inhalte von anderen Nutzern zu betrachten und mit diesen Nutzern bspw. über die Kommentarfunktion zu interagieren, andererseits aber auch Produkte zu erwerben und Nutzer, Orte oder Begriffe zu suchen. Facebook bietet daher (ähnlich wie viele andere Plattformen) mehrere Funktionen an. Verkehrspflichten für Transaktionen, die über die Plattform gemittelt werden, bedürfen aber anderer Regelungen als die Interaktions- oder Suchfunktion. Verkehrspflichten sollten daher anknüpfend an diese verschiedenen und zu abstrahierenden Funktionen gesetzlich normiert werden. Die einzelnen zu unterscheidenden Funktionen lassen sich wie folgt erläutern:

Plattform muss aber sowohl erkennbar sein, wie viele Bewertungen der Durchschnittsberechnung zugrunde gelegt sind, als auch, dass sich die Durchschnittsberechnung nur auf Basis der für vertrauenswürdig und nützlich erachteten Beiträge berechnet, vgl. BGH WRP 2020, 483 Rn. 31 ff.; a. A.: OLG München K&R 2019, 195 Rn. 79 ff.

³⁰⁸ Vgl. *F. Hofmann*, JZ 2018, 746, 750.

³⁰⁹ Vgl. dazu auch: *Specht-Riemenschneider*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, S. 11.

a) Transaktionsmittelnde Funktionen

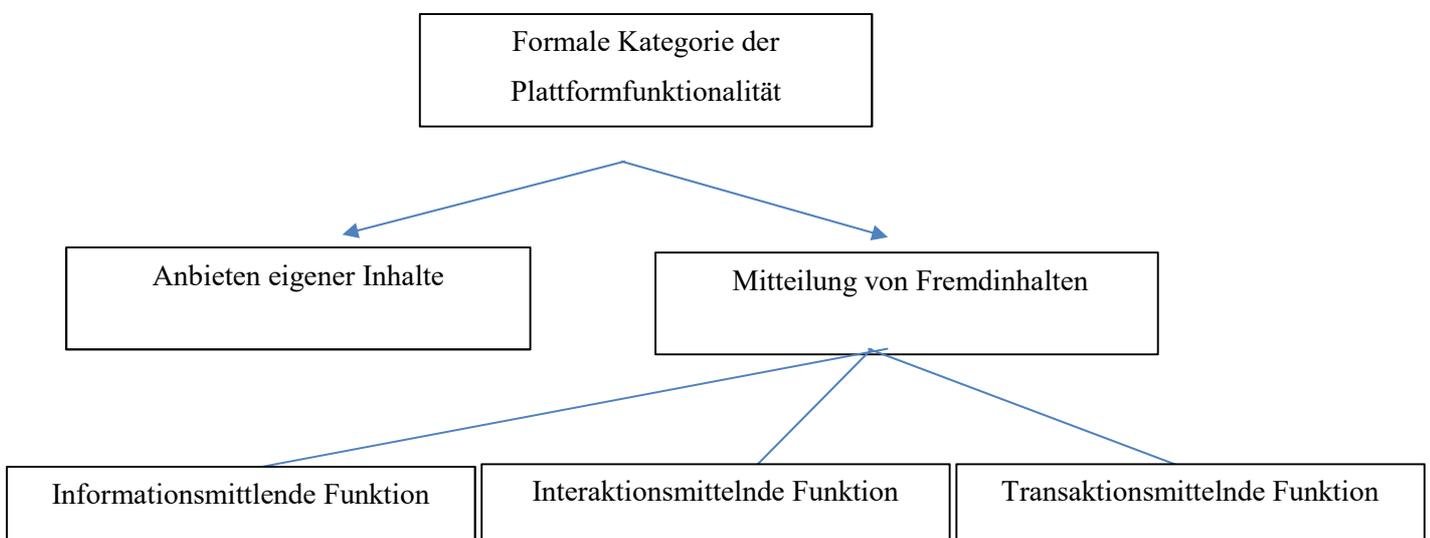
Transaktionsmittelnde Funktionen geben Nutzern die Möglichkeit, mit anderen Nutzern Transaktionen abzuschließen, etwa Verträge einzugehen. Derartige Transaktionsfunktionen finden sich z. B. auf Handelsplattformen für Waren oder Dienstleistungen. Die bloße Funktion der Weiterleitung auf eine Plattform, auf der Transaktionen vorgenommen werden können, fällt dagegen nicht unter die transaktionsmittelnde Funktion.

b) Informationsmittelnde Funktionen

Informationsmittelnde Funktionen geben Nutzern die Möglichkeit, aktiv nach Informationen über im Netz bereitgestellte Inhalte zu suchen. Sie informieren den Nutzer darüber, wo diese Inhalte im Netz verfügbar sind, der Nutzer gelangt aber erst durch das Betätigen eines über die Plattformfunktionalität bereitgestellten Links zu diesen Informationen. Informationsmittelnde Funktionen erschöpfen sich daher in Suchfunktionen. Sie mitteln den Inhalt, über den sie informieren, nicht selbst.

c) Interaktionsmittelnde Funktionen

Interaktionsmittelnde Funktionen geben Nutzern die Möglichkeit, über die Plattform mit anderen Nutzern zu kommunizieren, Meinungen auszutauschen und Inhalte öffentlich zugänglich zu machen. Interaktionsmittelnde Funktionen werden z.B. durch soziale Netzwerke und Videosharingplattformen angeboten, sind aber auch als untergeordnete Funktion auf anderen Plattformen z.B. in Kommentarfunktionen zu finden. Innerhalb der interaktionsmittelnden Funktion ist nicht ausgeschlossen, dass regulatorisch nach bestimmten Inhalten differenziert wird, z. B. weil bestimmte medienrechtliche Anforderungen sich nur an bestimmte Inhalte richten.



3. Ausdifferenzierung der Interaktionsmittlungsfunktion

Bei der in diesem Gutachten im Mittelpunkt stehenden Interaktionsfunktion lässt sich weiterhin unterteilen in die Mittelung kommerzieller Kommunikation, die kommerzielle Mittelung von Kommunikation und die nicht kommerzielle Mittelung nicht kommerzieller Kommunikation. Kommerzielle Kommunikation ist bereits heute wesentlich strenger reguliert als nicht-kommerzielle Kommunikation. So ist es z.B. erforderlich, kommerzielle Kommunikation als solche zu kennzeichnen. Wird kommerzielle Kommunikation gemittelt, sollten die Plattformen z. B. gehalten sein, die technischen Voraussetzungen zur optimalen Kennzeichnung des kommerziellen Charakters zu gewährleisten und ihre Nutzer zur Kennzeichnung anzuleiten. Werden Inhalte (kommerzielle oder nicht kommerzielle Inhalte) gemittelt und erzielt die Plattform mit dieser Inhaltsmittlung Gewinne, so könnte dies ebenfalls eine strengere Regulierung nach sich ziehen als eine nicht-kommerzielle Mittelung von Inhalten z.B. über Wissenschaftsplattformen. Dies würde einerseits der Rechtsprechung des EuGH Rechnung tragen, der die Gewinnerzielung als haftungsschärfendes Kriterium heranzieht,³¹⁰ andererseits aber auch dem rechtsökonomischen Gedanken Rechnung tragen, dass Plattformen, die keinen Gewinn erzielen, diesen positiven externen Effekt nicht internalisieren können und ihnen daher auch keine negativen externen Effekte wie ein durch ein Haftungsrisiko begründeter Schaden auferlegt werden sollten, weil ansonsten der Anreiz zum Betrieb einer nicht auf Gewinnerzielung angelegten Plattform fehlt. Auch das US-amerikanische Recht erhebt den finanziellen Vorteil zum ausschlaggebenden Kriterium, wenn es um eine Haftungsverschärfung geht, § 512 (c) (1) (B) DMCA.³¹¹ Die jeweils an die Ausdifferenzierung der Interaktionsplattform knüpfenden Verkehrspflichten sollen an späterer Stelle genauer beschrieben sein (u. C. Teil 2, II. 4. b)).

³¹⁰ So erstmals EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 47 ff. - GS Media; Vgl. auch EuGH ZUM 2017, 746 Rn. 46.

³¹¹ Hierzu bereits: *Specht*, ZUM 2017, 114, 120.

Teil 2:

I. Optionen der Plattformverantwortlichkeit

1. Ausgangslage

Eine Haftung der Plattform hat dabei unterschiedliche Gesichter: Plattformen können für von Nutzern hochgeladene Inhalte haftbar gemacht werden, beispielsweise nach einem Hinweis Handlungspflichten auferlegt bekommen („notice and takedown“) oder (weitreichenden) „stay-down“-Verpflichtungen unterliegen. Denkbar sind auch proaktive Verkehrspflichten. Ob Plattformen für von Nutzern hochgeladene Inhalte haftbar gemacht werden können, hat in jedem Fall unmittelbare Auswirkungen auf Verbraucherinteressen. Es sind dabei zwei Perspektiven zu unterscheiden:³¹²

Aus einer ersten Perspektive können Verbraucher selbst in ihren Rechten betroffen sein. Namentlich für Persönlichkeitsrechtsverletzungen besteht ein Interesse an effektivem Rechtsschutz, der wiederum über eine Haftung der Plattform sichergestellt werden kann. Kann die Plattform selbst für die Rechtsverletzung, die eigentlich ein Dritter begangen hat, in Anspruch genommen werden, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass der Rechtsverletzung abgeholfen wird. Verbraucher haben auch ein Interesse daran, dass die Regeln des lautereren Wettbewerbs eingehalten werden. Hier spielen insbesondere Transparenzpflichten (z. B. mit Blick auf das „Influencer-Marketing“) eine Rolle. Von besonderer Bedeutung ist dies wenn die Transaktionsfunktion im Raum steht. Speziell mit Blick auf Interaktionsfunktionen wollen Verbraucher auch nicht mit (bestimmtem) rechtswidrigen Content berührt werden, allen voran in Form von Kinderpornographie. Haftet die Plattform, kann dies von vornherein vermieden oder zumindest nachträglich abgestellt werden.

Ob die Plattformen haften, berührt Verbraucherinteressen aber auch aus einer anderen Perspektive. Unterliegt die Plattform einer Haftung, besteht ein Anreiz zu Maßnahmen, um einer (kostspieligen) Inanspruchnahme zu entgehen. Soweit ein Inhalt aber nicht über die Plattform zugänglich gemacht wird, ist auch eine Haftung nicht mehr zu befürchten. Vor diesem Hintergrund haben Plattformen einen Anreiz, problematische Inhalte zu löschen oder zu sperren.

Soweit tatsächlich rechtswidrige Inhalte gelöscht werden, ist dem nichts entgegenzuhalten. Zwar haben auch „unrechtmäßige Seiten“ eine gewisse Attraktivität. Dieses Interesse ist aber nicht schutzwürdig. Eine andere Frage ist natürlich stets, ob die vom Gesetzgeber im Vorfeld

³¹² Vgl. bereits o. C. Teil 1, I. 3. c).

vorgenommene Einschätzung, ob eine bestimmte Internetaktivität erlaubt oder verboten ist, rechtspolitisch überzeugt (o. C. Teil 1, I. 5.). Ist etwa der urheberrechtliche Schranken katalog im Digitalzeitalter noch zeitgemäß oder bedarf es beispielsweise einer expliziten *user-generated content*-Schranke? Dies ist aber richtigerweise kein Problem der Plattformhaftung, sondern des materiellen Urheberrechts (bereits o. C. Teil 1 I. 5.). In der rechtspolitischen Debatte sollten Fragen der Plattformhaftung und der interessengerecht formulierten allgemeinen Regeln (sei es im Urheberrecht oder auch im UWG etc.) aber streng auseinandergehalten werden. Plattformhaftung meint letztlich nur, dass für einen Inhalt, der von der Rechtsordnung als rechtswidrig eingestuft wird, *auch* die Plattform verantwortlich ist. Oder anders formuliert: Soweit ein von einem Nutzer über eine Plattform zugänglich gemachter Inhalt von Rechts wegen nicht zu beanstanden ist, stellt sich die Frage nach der Einstandspflicht der Plattform von vornherein nicht (Grundsatz der Akzessorität). Die Plattformhaftung ist Rechtsdurchsetzungsinstrument.³¹³

Aus praktischer Sicht bereiten aber weniger nicht gelöschte *rechtswidrige* Inhalte ein Problem, sondern gleichsam als Kollateralschaden entfernte *rechtmäßige* Inhalte. Überobligatorische Rechtsdurchsetzungsmaßnahmen der Plattform können den Zugang von Nutzern zu nicht zu beanstandenden Informationen beschränken. Dies kann entweder deshalb der Fall sein, weil die Plattform aus Sorge vor einer Haftung bestimmte (kritische) Inhalte (insbesondere mit Hilfe von automatisch arbeitenden Filtern) von vornherein nicht anzeigt. Zum anderen können Inhalte nach Beschwerde von der Seite verschwinden, auch wenn der Inhalt eigentlich nicht zu beanstanden ist. Es droht ein Overenforcement zulasten der Nutzer.³¹⁴ Zu befürchten sind „Phantomrechte“:³¹⁵ Wer einseitig die Interessen des Rechtsinhabers betont und immer drastischere Sanktionen vorsieht, verkennt, dass die Immaterialgüterrechte an ihren Grenzen Graubereiche des gerade noch Erlaubten bzw. bereits Verbotenen haben. Dort wirken übermäßige Sanktionen abschreckend und dehnen die Immaterialgüterrechte über ihren als sinnvoll angesehenen Schutzbereich aus.³¹⁶

Vor diesem Hintergrund sind die unterschiedlichen Optionen für die Plattformverantwortlichkeit herauszuarbeiten und zu analysieren. Das Spektrum reicht dabei von der Nichtverantwortlichkeit bis hin zur unbedingten Täterhaftung. Im Ergebnis wird es darauf ankommen, die Haftung der Plattform so einzustellen, dass sowohl das Interesse an effektivem Rechtsschutz (das Internet ist kein rechtsfreier Raum) als auch das Interesse an einer Vielfalt von Inhalten gewahrt sind. Der Schlüssel liegt in der funktionszentrierten Zuweisung von Verkehrspflichten.

³¹³ Vgl. F. Hofmann, ZUM 2020, 665, 669.

³¹⁴ Bereits o. Einleitung.

³¹⁵ Raue, ZUM 2017, 353, 354.

³¹⁶ Raue, ZUM 2017, 353, 354.

2. Option 1: Vollumfängliche Nicht-Verantwortlichkeit

Am einen Ende der Skala der Regelungsoptionen liegt die vollumfängliche Nichtverantwortlichkeit der Plattform. Die Plattform kann sich rein passiv verhalten, weil sie für Nutzerinhalte nicht haftbar gemacht werden kann.³¹⁷ Dies hätte zum einen zur Konsequenz, dass es von Rechts wegen weder Bedarf für „Uploadfilter“ gibt, noch weitreichende, durch Rechtsvorschriften motivierte Lösungsmaßnahmen. Es liegt auf der Hand, dass diese Lösung auf Kosten von Rechten Dritter geht, worunter wiederum auch Verbraucher sein können. Da Plattformen auch die eigenen Nutzungsbedingungen durchzusetzen versuchen, wäre die Gefahr von Filtermaßnahmen (soweit diese nicht explizit verboten würden) zudem nicht vollständig gebannt. Zu befürchten steht, dass sich die Rechtsdurchsetzung auf die „Uploader“ verlagert. Während bei einer (weitreichenden) Plattformverantwortlichkeit der Streit um die Rechtmäßigkeit von Plattforminhalten regelmäßig zwischen dem Berechtigten und der Plattform ausgetragen wird,³¹⁸ könnten die unmittelbaren Verletzer praktisch stärker in Anspruch genommen werden. Auch insoweit wären „chilling effects“ zu erwarten. Womöglich erhöht sich der rechtspolitische Druck, anonymen Uploads stärkere Grenzen aufzuerlegen.³¹⁹ Der Nutzer könnte über Auskunftsansprüche ermittelt werden, was freilich eine Mitwirkung der Plattform voraussetzt. Im geltenden Recht ist dieser Ansatz nicht zu finden.

3. Option 2: Vollumfängliche Verantwortlichkeit

Am anderen Ende der Skala der Regelungsoptionen liegt spiegelbildlich die vollumfängliche Verantwortlichkeit der Plattform für sämtliche über ihre Infrastruktur vermittelten Inhalte. Es bedarf keiner Unterscheidung für eigene oder fremde Inhalte – die Plattform ist für jeglichen Content haftbar. Positiv wäre, dass zum einen wirtschaftlich wertvoller Content über die Plattformen vollumfänglich zu lizenzieren wäre.³²⁰ Auch wäre effektiver Rechtsschutz gut abgesichert. Diese Haftungsoption würde bedeuten, dass die Plattform indirekt gezwungen wäre, Inhalte proaktiv zu kontrollieren. Plattformbetreiber würden weitreichende *ex ante*-Maßnahmen etablieren, um sicherzustellen, dass keine rechtsverletzenden Inhalte auf ihren Plattformen erscheinen.³²¹ Faktisch bedürfte es technischer Maßnahmen wie „Uploadfilter“. Diese müssten

³¹⁷ Engert, AcP 218 (2018), 304, 359 f.

³¹⁸ Kritisch Wagner, GRUR 2020, 447, 453 ff.

³¹⁹ Kritisch zum Recht auf Anonymität Lausen, ZUM 2017, 278, 288; Spindler, Gutachten F zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, F 120; ein Plädoyer für Eigenverantwortung legt Pille, NJW 2018, 3545, ab; Wagner, GRUR 2020, 447, 456, spricht sich dafür aus, das Recht auf Anonymität im Konfliktfall zu suspendieren. Der Streit um die Rechtmäßigkeit eines Inhalts soll möglichst zwischen den unmittelbar Betroffenen im Primärverhältnis ausgetragen werden, a. a. O. 454.

³²⁰ Zur „value gap“-Debatte F. Hofmann, GRUR 2018, 21, 27 ff.

³²¹ Wagner, GRUR 2020, 447, 457.

„scharf“ konfiguriert sein, denn „Filterfehler“, also das Übersehen eines rechtswidrigen Inhalts, gingen zu Lasten der Plattform.

Gegen dieses Haftungskonzept spricht, dass es die Rolle von Intermediären nicht abbildet. Um diese Option einordnen zu können, muss nochmals in Erinnerung gerufen werden, was die Plattformverantwortlichkeit gegenüber der Verantwortlichkeit sonstiger Rechtssubjekte kennzeichnet.³²² Vereinfacht gesagt: Plattformen mitteln Drittinhalte; sie sind keine herkömmlichen Content-Anbieter, die über eine vollständige Kontrolle ihrer Inhalte verfügen (o. C. Teil 1, I. 2.).³²³ Auch wird kritisiert, dass Plattformen dadurch (noch stärker) in die Rolle eines Streitmittlers gedrängt werden, was ihre ohnehin schon ausgeprägte Macht noch verstärkt.³²⁴

Konsequenterweise ist diese Haftungsoption im europäischen Recht allenfalls auf den ersten Blick verwirklicht. Auch wenn beispielsweise im Urheberrecht Art. 17 Abs. 1 DSM-RL eine vollumfängliche, täterschaftliche Haftung suggeriert (auch das Hostprovider-Privileg gilt für „Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten nicht, Art. 17 Abs. 3 DSM-RL), besteht im Ergebnis doch lediglich eine modifizierte Haftung. Art. 17 Abs. 4 DSM-RL ermöglicht eine Enthftung. Option 2 ist damit auch insoweit nicht verwirklicht.³²⁵

4. Option 3: Mittelbare Verantwortlichkeit im Falle der Verletzung von Verkehrspflichten

a) Grundgedanke: Modifizierte Haftung

Im geltenden Recht finden sich daher Mischmodelle. Im Ergebnis zeichnen sich alle bei Plattformen praktizierten Konzepte dadurch aus, dass Plattformen für Nutzerinhalte verantwortlich sein können, dies aber von bestimmten Voraussetzungen abhängig ist. Die Haftung ist nicht unbedingt.³²⁶ Wie im Folgenden nachzuweisen sein wird, hängt die Haftung schlussendlich an der Verletzung einer Verkehrspflicht.³²⁷ Auf diese Weise lassen sich alle dogmatischen Konstrukte abstrakt erfassen.³²⁸ In den Worten von *Podszun*: „Eine Mitverantwortung desjenigen, der einen Marktplatz eröffnet, für das was auf dem Marktplatz passiert, ist jedoch eine selbstverständliche Erscheinung im Recht. Ob aus Ingerenz, über die Störerhaftung oder wegen besonderer

³²² Vgl. *F. Hofmann*, ZUM 2019, 617, 618 m.w.N.

³²³ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329.

³²⁴ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 447, 453.

³²⁵ *F. Hofmann*, ZUM 2019, 617, 626.

³²⁶ Vgl. *Buiten/de Stree/Peitz*, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S. 18, abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2019/rethinkin-liability-rules-for-online-hosting-platforms-miriam-buiten-alexandre-de-streel-martin-peitz/view>.

³²⁷ Zu dieser Interpretation *Wagner*, GRUR 2020, 329, 334 f.; *ders.*, GRUR 2020, 447, 449, 450, 451; *J. B. Nordemann/Waiblinger*, GRUR 2020, 569, 574; *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, F 46.

³²⁸ *F. Hofmann*, JZ 2018, 746, 747 ff., 750.

wettbewerblicher Sorgfaltspflichten eine Verantwortung begründet wird, mag dahinstehen und je nach Ausgestaltung der Plattform differenziert zu beurteilen sein. Der Grundgedanke ist aber derselbe: Wer anderen ein Forum gibt, ihnen dadurch ihr Tun ermöglicht und die grundlegenden Regeln für dieses Forum setzt, ist für dieses Tun zu einem gewissen Grad mitverantwortlich.³²⁹ Die spezifischen Haftungskonzepte zur Erfassung des Plattformhandelns (insbesondere die Störerhaftung) lassen sich in ein „allgemeines, auf die Verletzung von Sorgfaltspflichten gestütztes Konzept der Fahrlässigkeitshaftung“ begründen.³³⁰ Der entscheidende Unterschied liegt dabei auch nicht darin, ob eine Haftung mit Enthäftungsmöglichkeit besteht oder eine Nichtverantwortlichkeit mit der Möglichkeit, in Haftung³³¹ genommen zu werden. Zwar mag es graduell Unterschiede geben, ob die Verantwortlichkeit von aus der grundsätzlichen Nichtverantwortlichkeit mit Haftungsoption oder der grundsätzlichen Verantwortlichkeit mit Entlastungsmöglichkeit konstruiert ist. Die Unterschiede sind aber nicht kategorial, da es in sämtlichen Fällen entscheidend ist, ob die Plattform diversen Pflichten nachgekommen ist. Der Unterschied in der Haftung liegt im Umfang der Pflichten, über den entsprechend hart gestritten wird. Je nach Umfang der Pflichten können strenge oder moderate *ex-ante* Pflichten bestehen oder beispielsweise über das „notice-and-takedown-Verfahren“ (weitreichende) „staydown“-Verpflichtungen begründet sein. Auch dies kann indirekt eine Verpflichtung zum automatischen Filtern begründen,³³² allerdings besteht bei dieser Regelungsoption die Möglichkeit, technische Unzulänglichkeiten, Nutzerbelange oder die Art der in Rede stehenden Plattformfunktionalität passgenau über die Konfiguration der einschlägigen Verkehrspflicht interessengerecht abzubilden (bereits o. C. Teil 1, II. 5.).

Eine solche modifizierte Haftung wird auch der Rolle von Intermediären gerecht, die sich wie erwähnt dadurch auszeichnet, dass Plattformen einerseits für rechtswidrige Nutzerinhalte wegen der Bereitstellung entsprechender Infrastruktur verantwortlich erscheinen, zumal sie wirtschaftlich davon profitieren. Andererseits fehlt ihnen anders als klassischen Content-Providern die vollständige Kontrolle über Nutzerinhalte. Da diese nicht auf Kosten der Nutzerrechte erkaufte werden soll,³³³ muss die Plattformhaftung stets eine indirekte sein: Die Plattform haftet also

³²⁹ Podszun, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, F 46.

³³⁰ Wagner, GRUR 2020, 329, 335.

³³¹ Letzteres ist in der deutschen Rechtsprechung anzutreffen, vgl. Leistner, ZUM 2016, 580, 584 („Die derzeitige Rechtsprechung in Deutschland neigt dazu, für sämtliche Plattformen eine eigene Nutzungshandlung zu verneinen (was vor dem Hintergrund des europäischen Rechts alles andere als selbstverständlich ist) und dann stattdessen den Maßstab der Prüfungspflichten massiv zu intensivieren (was als ökonomisch sanfter, heilsamer Druck in Richtung auf Lizenzierungslösungen praktisch wünschenswert sein mag, aber vor dem Hintergrund des europäischen Rechts wiederum nicht unproblematisch und möglicherweise auch in der Sache nicht zielführend erscheint)“.

³³² Vgl. EuGH GRUR 2019, 1208 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

³³³ Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 895.

richtigerweise nicht absolut, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen. Die Gretchenfrage ist sodann, wie Art und Umfang der Pflichten im Detail bemessen sind (dazu u. C. Teil 2, II.). Über die Verkehrspflichten können diese aber techniksensibel und „rollenbezogen“ optimal eingestellt werden.³³⁴

b) Haftung für Verkehrspflichtverletzung als vorhandenes Element im Unionsrecht

Diese Interpretation des Haftungskonzepts der mittelbaren Verantwortlichkeit ist im Unionsrecht verwirklicht. Wie oben ausgeführt, unterliegen Anordnungen nach Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL oder Art. 11 S. 3 Enforcement-RL Grenzen. Insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten und die Grundrechte modifizieren die Verantwortlichkeit der Plattform (dazu o. C. Teil 1 II. 1.). In diesem Sinne kann sich ein Access-Provider von seiner Haftung „befreien, indem er nachweist, dass er alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat“.³³⁵ Gezeigt wurde auch, dass das Recht der öffentlichen Wiedergabe vom EuGH so weit gefasst wird, dass es auch „mittelbare“ Wiedergabehandlungen umfasst (o. C. Teil 1 II. 4.).³³⁶ Gleichzeitig schränkt der EuGH über subjektive Kriterien das Verwertungsrecht ein. Dies lässt sich ohne Weiteres in den Maßstab von Sorgfalts- oder Verkehrspflichten übersetzen.³³⁷ Auch in Art. 17 DSM-RL findet sich dieses Zusammenspiel aus einer Haftung einerseits (Art. 17 Abs. 1) und der Möglichkeit der Enthftung andererseits (Art. 17 Abs. 4 DSM-RL). Auch hier hängt die Haftung also an der Einhaltung diverser – im Detail umstrittener – Verkehrspflichten.³³⁸

Gerade letzteres Beispiel belegt, dass Reformdebatten regelmäßig am entscheidenden Punkt vorbeigehen. Wie gezeigt trifft es nicht den Nagel auf den Kopf, wenn über die Reichweite von Haftungsprivilegierungen (o. C. Teil 1, II.) oder eine Ausweitung der täterschaftlichen Haftung gestritten wird (siehe soeben). Der Streit sollte sich fokussieren auf den angemessenen Umfang der die Plattformen treffenden Sorgfaltspflichten, die wiederum – wie mehrfach erwähnt – Verbraucherbelange einpreisen müssen. Dass Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten nunmehr urheberrechtlich täterschaftlich haften (Art. 17 Abs. 1 DSM-RL) und sich nicht mehr auf das Hostproviderprivileg berufen können (Art. 17 Abs. 3 DSM-RL), kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Plattformhaftung – wie bisher – eine indirekte bleibt. Ganz im Gegenteil:

³³⁴ *Wagner*, GRUR 2020, 329, 335; in diesem Sinne auch *Buiten/de Streel/Peitz*, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S. 15 ff., abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2019/rethinkin-liability-rules-for-online-hosting-platforms-miriam-buiten-alexandre-de-streel-martin-peitz/view>.

³³⁵ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 53 – UPC Telekabel.

³³⁶ Vgl. *Ohly*, GRUR 2018, 1139, 1140.

³³⁷ *J. B. Nordemann/Jaworski*, GRUR 2017, 567, 572.

³³⁸ Vgl. *F. Hofmann*, ZUM 2019, 617, 626; *Wagner*, GRUR 2020, 447, 450.

Versteht man die in Art. 17 Abs. 4 DSM-RL statuierten Verkehrspflichten, über deren Einhaltung sich Plattformen von der Haftung befreien können, weit, ändert sich an der bisherigen Rechtslage quasi wenig.³³⁹ Eine Haftungsverschärfung wäre hingegen durchaus gegeben, wenn die Möglichkeit der Enthaltung mit der Konsequenz weitreichender Sorgfaltspflichten mitunter auf Kosten der Inhaltsvielfalt und der berechtigten Verbraucherbelange eng ausgelegt wird – quod erat demonstrandum!

c) Mittelbare Verantwortlichkeit als Gedanke im nationalen Recht

Auch im nationalen Recht ist dieser Gedanke der „mittelbaren Verantwortlichkeit“ bei der Intermediärhaftung anzutreffen.³⁴⁰ Unbeschadet der dogmatischen Einkleidung läuft es darauf hinaus, dass ein Intermediär dann in Anspruch genommen werden kann, wenn ihm eine Prüf-, Schutz-, Verhaltens- oder kurzum: Verkehrspflichtverletzung entgegengehalten werden kann. In diesem Sinne wird die Störerhaftung in der Literatur vielfach wie das neue Haftungskonzept im Lauterkeitsrecht³⁴¹ als Haftung für Verkehrspflichten interpretiert³⁴² (auch wenn ein gewichtiger Unterschied besteht: der Störer haftet nur auf Unterlassung, nicht auf Schadensersatz).³⁴³ Der Störer im Sinne der Rechtsprechung des I. Zivilsenats ist letztlich Täter eines Fahrlässigkeitsdelikts, der den rechtswidrigen Erfolg allerdings nur „mittelbar“ verursacht hat.³⁴⁴ Während eine Fahrlässigkeitshaftung für mittelbar verursachte Rechtsverletzung im allgemeinen Haftungsrecht selbstverständlich ist, kommt es dabei für den Unterlassungs- aber auch den Schadensersatzanspruch darauf an, dass den Plattformbetreiber als potenziellen Mitschädiger eine Sorgfaltspflicht zugunsten fremder Rechtsgüter trifft und diese in haftungsbegründender Weise verletzt hat.³⁴⁵ Dass eine Schadensersatzhaftung im Raum steht ist in der Tat dann unproblematisch, wenn die Sorgfaltspflichten angemessen konfiguriert sind. Eine „Übermaßhaftung“ steht nicht zu befürchten, da Schadensersatz ja nur zu leisten wäre, wenn

³³⁹ F. Hofmann, ZUM 2019, 617 („Much ado about nothing“); Schadensersatzansprüche wurden von der Rechtsprechung bisher zwar verneint, hätten aber *de lege lata* für den Fall der Verletzung von Prüf-, Verhaltens-, oder eben Verkehrspflichten durchaus mühelos konstruiert werden können, vgl. J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 978; Krüger/Apel, MMR 2012, 144, 148 ff.

³⁴⁰ Vgl. F. Hofmann, JZ 2018, 746, 747 ff.; Wagner, GRUR 2020, 447, 457.

³⁴¹ Haftung für die Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten, BGH GRUR 2009, 790 – Jugendgefährdende Medien.

³⁴² Wagner, GRUR 2020, 329, 334 f.; ders., GRUR 2020, 447, 449, 450; J. B. Nordemann, GRUR Int. 2018, 526; Leistner, GRUR-Beil. 2010, 1, 22 ff.

³⁴³ Kein Problem sieht insoweit F. Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1222 f.; zurückhaltender Ohly, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 108; ders., ZUM 2015, 308, 315.

³⁴⁴ Wagner, GRUR 2020, 329, 334.

³⁴⁵ Wagner, GRUR 2020, 329, 334.

tatsächlich ein Pflichtenverstoß vorliegt, der überdies schuldhaft erfolgt.³⁴⁶ Ggf. ließe sich auch bei der Berechnung des Schadensersatzes im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nachsteuern. Selbst wenn der Intermediär eigene Inhalte anbietet, die aber vom Nutzerverhalten abhängen, modifiziert der BGH die Haftungsvoraussetzung und fordert eine Verkehrspflichtverletzung. Dies illustriert die BGH-Entscheidung zur automatischen Suchvervollständigung bei Google.³⁴⁷ Auch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) bringt keine allgemeine Einstandspflicht sozialer Netzwerke, sondern statuiert diverse Verkehrspflichten, insbesondere ein „Löschmanagement“.

d) Verkehrspflichten als Grundbaustein sämtlicher Haftungskonzepte

In Literatur und Rechtsprechung wird teils weiter nach unterschiedlichen, abgestuften dogmatischen Konzepten kategorisiert.³⁴⁸ So will der BGH unterscheiden zwischen der Täterhaftung, einer weit verstandenen Gehilfenhaftung für aktive Intermediäre und der Störerhaftung für neutrale Vermittler.³⁴⁹ Darauf aufbauend soll sich argumentieren lassen, dass die aktive Rolle ein Weniger als die täterschaftliche Handlung erfordert, aber ein Mehr als die technisch vermittelnde, neutrale Tätigkeit. Würde der EuGH diese Lesart bestätigen, ließe sich dies als „abgestuftes Haftungskonzept“ bezeichnen,³⁵⁰ das im deutschen Recht eine Entsprechung in Täterschaft, Teilnahme und Störerhaftung findet. Aber auch wenn man etwa die täterschaftliche Haftung als fahrlässige Beihilfe einstuft,³⁵¹ bleibt es dabei: Am Ende kommt es erstens dogmatisch darauf an, dass es der Sache nach um eine Verkehrspflichtverletzung geht³⁵² und zweitens die Verkehrspflichten richtig (genauer: interessengerecht) ausbuchstabiert werden. Dabei kann zwar die Frage, wie nah die Plattform an der Rechtsverletzung „dran“ ist, berücksichtigt werden (u. C. Teil 2, II.). In jedem Fall ist die Haftung der Plattform aber keine unbedingte, sondern jeweils durch einen spezifischen Pflichtenvorwurf zu rechtfertigen.

³⁴⁶ *Wagner*, GRUR 2020, 329, 335; vgl. auch *F. Hofmann*, JuS 2017, 713, 719; die BGH-Entscheidung „Morpheus“ beweist die Praktikabilität: dort stand nicht nur ein im Ergebnis mangels Verkehrspflichtverletzung nicht bestehender Unterlassungsanspruch im Raum, sondern potenziell auch ein Schadensersatzanspruch aus § 832 BGB. Diese Anspruchsgrundlage griff indes nicht, da es parallel zum Unterlassungsanspruch an einer Pflichtverletzung fehlte.

³⁴⁷ BGH GRUR 2013, 751 Rn. 25 ff. – Autocomplete-Funktion („Das bedeutet jedoch nicht, dass die Bekl. deshalb uneingeschränkt und unabhängig von Zumutbarkeitsgesichtspunkten haftet. Denn nach den besonderen Umständen des Streitfalls liegt der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit in einem Unterlassen.“); vgl. demgegenüber auch BGH GRUR 2020, 543 – Kundenbewertung auf Amazon; BGH GRUR 2009, 790 – Jugendgefährdende Medien; zum Ganzen *F. Hofmann*, WRP 2020, 579, 580 f.

³⁴⁸ *Ohly*, GRUR 2018, 1139, 1141; *ders.* GRUR Int. 2018, 517; *Frey*, ZUM 2019, 40, 48.

³⁴⁹ BGH GRUR 2018, 1132 – YouTube; BGH GRUR 2018, 1239 – uploaded.

³⁵⁰ *Specht*, ZUM 2018, 877, 878; *Grünberger*, ZUM 2019, 281, 297.

³⁵¹ *Ohly*, JZ 2019, 251, 255.

³⁵² *Wagner*, GRUR 2020, 447, 449 f.

Der verschiedentlich anzutreffende Vorschlag, Plattformen statt Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen lediglich einer Vergütungspflicht auszusetzen,³⁵³ sollte aus zwei Gründen nicht weiterverfolgt werden. *Erstens* taugt dieser Ansatz lediglich für Wirtschaftsrechte.³⁵⁴ Persönlichkeitsrechte oder auch die (verbraucherschützenden) Regeln des Wettbewerbsrechts können nicht abgekauft werden. *Zweitens* stellt sich das Problem, wie die Vergütung zu berechnen ist. Der wirtschaftliche Wert von *content* kann aber schlussendlich einzig durch die Betroffenen in Verhandlungen festgesetzt werden. Der Staat hat dafür zu sorgen, einen fairen Verhandlungsrahmen vorzuhalten, nicht aber selbst die Preisfestsetzung zu besorgen.³⁵⁵

II. Bausteine der Vielfaltsicherung: Verkehrspflichten von Plattformen und materiell-rechtliche Gewährleistungen

Wie gesehen, kommt es also bei der Plattformhaftung der Sache nach entscheidend darauf an, welche konkreten Verkehrspflichten Plattformen aufzuerlegen sind. Weniger die Dogmatik als die Ausfüllung des Pflichtenkatalogs sind für die weitere Regulierung von besonderer Bedeutung.

Oben eingeführter Unterteilung der Plattformfunktionalitäten folgend, ließen sich allgemeine Verkehrspflichten für sämtliche interaktionsmittelnde Plattformfunktionalitäten statuieren sowie spezielle Verkehrspflichten für die Mittelung kommerzieller Kommunikation und die kommerzielle Mittelung von Kommunikation. Die allgemeinen und die besonderen Verkehrspflichten sollten sich entsprechend der derzeitigen Rechtsprechung verschärfen, umso gefahrgeneigter eine Plattformfunktionalität ist³⁵⁶ und je „näher“ die Plattform an der Rechtsverletzung dran ist.³⁵⁷

Vielfaltsicherung kann aber nur über eine Pluralität von Bausteinen gewährleistet werden. Diese Bausteine bestehen einerseits aus den bereits angesprochenen Verkehrspflichten, die dem Betreiber interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten auferlegt werden, andererseits bedarf es aber weiterer materiell-rechtlicher Gewährleistungen, nämlich der gesetzlichen Verankerung subjektiver Nutzerrechte, Transparenz- und Berichtspflichten der Plattformbetreiber, die verpflichtende Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten und – ganz generell – der

³⁵³ Vgl. *Leistner/Metzger*, IIC 2017, 381; *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 895; *Leistner*, ZUM 2016, 580, 589 ff.; vgl. *Ohly*, ZUM 2015, 308, 316.

³⁵⁴ Zur Frage, ob europäische Reformüberlegungen übergreifend oder rechtsgebietspezifisch sein sollten *Ohly*, ZUM 2015, 308, 313.

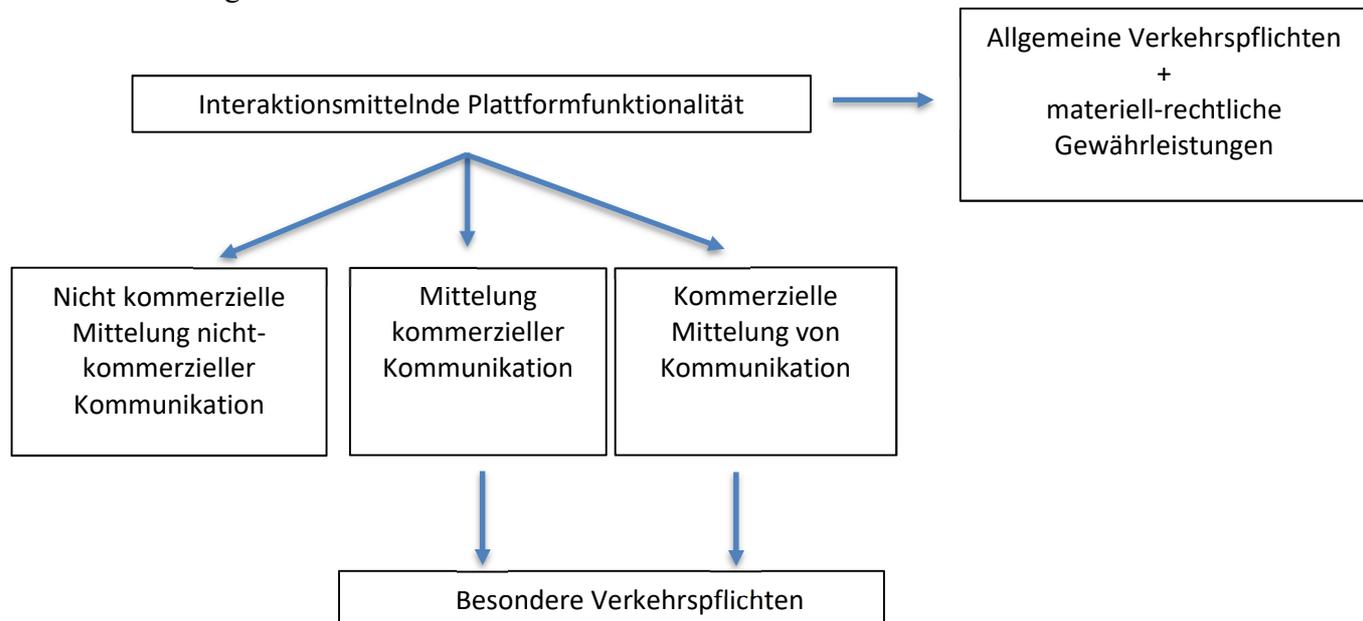
³⁵⁵ *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1223 f.; *ders.*, ZUM 2020, 665, 667.

³⁵⁶ BGH GRUR 2016, 268 Rn. 26 – Störerhaftung des Access-Providers; BGH GRUR 2009, 841 Rn. 21 f. – Cybersky.

³⁵⁷ In der Literatur findet sich der Gedanke des „abgestuften“ Schutzkonzepts, dazu o. C. Teil 2, I. 4. d).

Unterwerfung unter die europäische Rechtsordnung sobald ein Dienst im europäischen Rechtsraum angeboten wird.

Die Ausdifferenzierung der Interaktionsmittelungsfunktion sowie die für die an diese Ausdifferenzierung anknüpfenden Verkehrspflichten und materiell-rechtlichen Gewährleistungen lassen sich wie folgt veranschaulichen:



1. Verkehrspflichten als dogmatischer Grundbaustein der Intermediärhaftung

Die Analyse der (europäischen) Intermediärhaftung hat gezeigt, dass ungeachtet der dogmatischen Konstruktion die Haftung letztlich von der Erfüllung diverser Sorgfaltspflichten abhängt. Dies ist der auch im deutschen Recht bekannte Gedanke „mittelbarer Verantwortlichkeit“.³⁵⁸ Die Haftung der Plattform ist nicht absolut, sondern hängt davon ab, ob der Plattform eine Verkehrspflichtverletzung („duty of care“) vorgeworfen werden kann. Damit muss nicht zwingend ein „Unrechtsvorwurf“ verbunden sein, es können auch „Hilfeleistungspflichten“ an sich neutraler Akteure begründet werden.³⁵⁹ Ob man sich dabei wie bei der Störerhaftung im deutschen Recht im Ausgangspunkt von einer Nichtverantwortlichkeit nähert, oder – wie nunmehr in Art. 17 DSM-RL (RL (EU) 2019/790) – die Möglichkeit der Enthftung besteht, obwohl im Ausgangspunkt eine Täterhaftung angeordnet ist, ist im Ergebnis (von Details abgesehen) gleichgültig. Entscheidend ist, wie streng/mild entsprechende Pflichten ausgestaltet sind.

Die entscheidende Frage ist – wie gesagt – welche Sorgfalts-/Verkehrspflichten den Plattformen funktionsabhängig aufzuerlegen sind. Dies ist nun im Detail im Lichte eines funktionszentrierten

³⁵⁸ Wagner, GRUR 2020, 329, 334; F. Hofmann, JZ 2018, 746.

³⁵⁹ J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 979, 981; F. Hofmann, GRUR 2015, 123, 127; zu „Hilfeleistungspflichten“ als eigene Fallgruppe bei Verkehrspflichten F. Hofmann, JuS 2017, 713, 719.

Ansatzes herauszuarbeiten. Zu unterscheiden ist dabei zwischen potenziellen *ex ante* und *ex post*-Verpflichtungen. Wie können dabei Anreize zur Vielfaltsicherung richtig gesetzt werden? Welche konkreten Maßnahmen können der Plattform auferlegt werden und wie lassen sich diese kategorisieren? Fraglich ist etwa, ob z. B. Filtertechnologie einer staatlichen Überwachung bedarf oder wie sonst Anreize für „schonende“ Filtermaßnahmen geschaffen werden können. Für die Vielfaltsicherung ist letztlich auch entscheidend, dass kleinere Plattformen nicht durch zu weitreichende Verpflichtungen am Markteintritt gehindert werden.³⁶⁰ Bei all dem sollen die positiven und negativen Effekte in Betracht kommender gesetzgeberischer Maßnahmen auf den Verbraucher aufgezeigt werden.

2. Kodifikation von Verkehrspflichten oder richterrechtliche Ausgestaltung?

Im Ausgangspunkt empfiehlt es sich, durch die Kodifizierung einzelner Plattformverkehrspflichten mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu erreichen. Entsprechende Vorschläge werden in diesem Gutachten unterbreitet (u. C. Teil 2, II. 4. b)). Ob es sich indes empfiehlt, sämtliche Verkehrspflichten abschließend zu kodifizieren, ist allerdings fraglich. Der Gesetzgeber ist gut beraten, den Rechtsrahmen zugleich auch flexibel zu halten („Verkehrspflichten als Generalklausel“),³⁶¹ so dass das Recht auf neuere Entwicklungen reagieren kann.³⁶² Richterrecht bleibt insoweit von Bedeutung, um Inhalt und Umfang der Verkehrspflichten abschließend festzuzurren. In der Literatur wurde vorgeschlagen, tragende Grundsätze einschließlich konkreter Pflichten zu kodifizieren und zugleich einen generalklauselartig formulierten Auffangtatbestand für die gebotene Flexibilität und Entwicklungsoffenheit vorzuhalten.³⁶³ Dies überzeugt. Maßgeblich ist, dass sich die einschlägigen Grundrechte und Grundfreiheiten im Umfang der Pflichten hinreichend spiegeln und damit verhältnismäßig sind. Abstrakt ist dies schon wegen des EU-Grundrechtsschutzes so vorgegeben. Zwar könnte der Gesetzgeber nach dem Vorbild von § 1 UWG klarstellen, dass namentlich auch Rechte und Interessen der Verbraucher zu berücksichtigen sind. Vor dem Hintergrund einer EuGH-Rechtsprechung, die aber ohnehin ein „angemessenes

³⁶⁰ Vgl. *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1226 f.; *Buiten/de Streel/Peitz*, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S. 16, abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2019/rethinkin-liability-rules-for-online-hosting-platforms-miriam-buiten-alexandre-de-streel-martin-peitz/view>.

³⁶¹ *F. Hofmann*, JZ 2018, 746, 750.

³⁶² Vgl. *Podszun*, Gutachten F zum 73. Deutschen Juristentag, 2020, F 63 f.; *Ohly*, ZUM 2015, 308, 314 f.; *Buiten/de Streel/Peitz*, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S.18, abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2019/rethinkin-liability-rules-for-online-hosting-platforms-miriam-buiten-alexandre-de-streel-martin-peitz/view>.

³⁶³ Vgl. *Ohly*, ZUM 2015, 308, 315.

Gleichgewicht“ zwischen den unterschiedlichen Interessen zu finden sucht, hätte dies aber nur deklaratorische Bedeutung.

3. Allgemeine Parameter

Soweit die „Generalklausel“ als Auffangtatbestand betroffen ist (= allgemein formulierte „Auffangverkehrspflicht“ der Plattform = allgemeine Sorgfaltspflicht) ist der konkrete Umfang der Plattformpflichten durch Richterrecht festzusetzen. Die Rechtsprechung bemüht folgende Formeln, um den Rahmen für die Pflichten zu beschreiben: Nach dem Bundesgerichtshof richtet sich der Umfang der Prüf-, Verhaltens- oder Verkehrspflichten danach, „ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.“³⁶⁴ Die Zumutbarkeit einer Prüfung, um Verletzungshandlungen zu vermeiden oder abzustellen, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung ihrer Funktion und Aufgabenstellung sowie mit Blick auf die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat.³⁶⁵ Der EuGH betont die Notwendigkeit eines „angemessenen Gleichgewichts“ zwischen den betroffenen Interessen.³⁶⁶ Allen voran Anordnungen gemäß Art. 11 S. 3 Enforcement-RL dürfen nur erlassen werden, „wenn sie ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und der Vermeidung von Schranken für den rechtmäßigen Handel sicherstellen.“³⁶⁷

Art und Umfang der Pflichten sind damit auf Basis einer umfassenden Interessenabwägung zu ermitteln. Wie im allgemeinen Deliktsrecht hilft die Abwägung von Kosten und Nutzen.³⁶⁸ In der Literatur gibt es zahlreiche Analysen, welche Kriterien im Einzelnen zur Konkretisierung herangezogen werden können.³⁶⁹ Die Rede ist von einem „beweglichen System“.³⁷⁰ Die Rechtsprechung verweist u. a. auf die Vorgaben aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL einschließlich des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten,³⁷¹ betont die Freiheit des rechtmäßigen Handels,³⁷² Rechte und Interessen Dritter³⁷³ und ganz besonders: die Unionsgrundrechte.³⁷⁴ Nach dem BGH

³⁶⁴ BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 15 – Dead Island; BGH GRUR 2016, 268 Rn. 21 f. – Störerhaftung des Access-Providers.

³⁶⁵ BGH GRUR 2015, 485 Rn. 50 – Kinderhochstühle im Internet III.

³⁶⁶ EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 83 – McFadden; EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 46 – UPC Telekabel.

³⁶⁷ EuGH GRUR 2016, 1062 Rn. 35 – Tommy Hilfiger.

³⁶⁸ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 451.

³⁶⁹ Z. B. *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza, UWG*, 7. Aufl. 2016, § 8 Rn. 128.

³⁷⁰ *Ohly*, JZ 2019, 251, 252.

³⁷¹ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 139 – L'Oréal/eBay; BGH GRUR 2016, 268 Rn. 21 f. – Störerhaftung des Access-Providers.

³⁷² EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 140 – L'Oréal/eBay.

³⁷³ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 143 – L'Oréal/eBay.

³⁷⁴ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 45 – UPC Telekabel

soll bei der Auferlegung von Kontrollmaßnahmen ferner zu beachten sein, „dass Geschäftsmodelle, die nicht in besonderer Weise die Gefahr von Urheberrechtsverletzungen schaffen oder fördern, nicht wirtschaftlich gefährdet oder unverhältnismäßig erschwert werden dürfen.“³⁷⁵ Dies ist nichts anderes als ein Verweis darauf, dass auch die unternehmerische Freiheit (vgl. Art. 16 EU-GrCh) abzuwägen ist. Auch das Verbot präventiver Überwachungspflichten von Drittinhalten kann letztlich auf Art. 16 GrCh gestützt werden. Die Auferlegung umfassender Pflichten zur *ex-ante*-Kontrolle von Nutzerinhalten würde den Plattformbetreibern einen so erheblichen Aufwand abverlangen, dass ihre Geschäftsmodelle gewissermaßen unterminiert würden.³⁷⁶ Die Regelung des Art. 15 E-Commerce-RL sollte daher auch und gerade im Verbraucherinteresse an einer vielfältigen Plattformlandschaft (einschließlich der Chance auf das Entstehen neuer, zunächst kleiner Plattformen)³⁷⁷ erhalten bleiben. Für die Zuweisung anlassbezogener Verkehrspflichten seien vor allem folgende allgemeine Parameter betont:

(1) Je näher der Intermediär an der Rechtsverletzung dran ist, desto strenger fallen die Verkehrspflichten aus.³⁷⁸ Dies gipfelt darin, dass für eigene Inhalte eine vollumfängliche proaktive Überwachungspflicht besteht (o. C Teil 1 III. 1). Auch „neutrale“ Dienste, die mit den abzustellenden Rechtsverletzungen kaum etwas zu tun haben, können nach europäischem Recht (vgl. Art. 8 Abs. 3; Art. 11 S. 3 Enforcement-RL) „Hilfeleistungspflichten“³⁷⁹ auferlegt werden.³⁸⁰ Soweit dies interessengerecht ist, weil beispielsweise nur so Rechte Dritter einschließlich Verbraucherinteressen effektiv geschützt werden können,³⁸¹ dürfen eingedenk der „neutralen“ Rolle Verkehrspflichten regelmäßig erst nach einem Hinweis greifen. Internetangebotssperren als prominentestes Beispiel für derartige Pflichten von Intermediären,³⁸² die mit der im Raum stehenden Rechtsverletzung im Grunde genommen nichts zu tun haben, greifen (zumindest nach

³⁷⁵ BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 15 – Dead Island.

³⁷⁶ RL 2000/31/EG, ErwG 42; BGHZ 158, 236 (251 f.) = GRUR 2004, 860 – Internet-Versteigerung; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 28 – Alone in the Dark; s.a. *Wagner*, GRUR 2020, 447, 447.

³⁷⁷ Vgl. *Buiten/de Streeel/Peitz*, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S. 8, abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2019/rethinkin-liability-rules-for-online-hosting-platforms-miriam-buiten-alexandre-de-streel-martin-peitz/view>.

³⁷⁸ In der Literatur findet sich der Gedanke des „abgestuften“ Schutzkonzepts, dazu o. C. Teil 2, I. 4. d).

³⁷⁹ *J. B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 979, 981; *F. Hofmann*, GRUR 2015, 123, 127.

³⁸⁰ Nach e. A. geht es hier nicht um Verkehrspflichten, sondern um eine „Pflicht zur Hilfeleistung für nicht pflichtwidrig handelnde Dienstleister“ (*Ohly*, JZ 2019, 251, 255); nach a. A. lassen sich „Hilfeleistungspflichten“ als eine Fallgruppe von Verkehrspflichten begründen (*F. Hofmann*, JuS 2017, 713, 719); dahinter steht die Überlegung, dass Verkehrspflichten nicht zwingend mit einem Unrechtsvorwurf verbunden sein müssen, solange es auf Basis einer umfassenden Interessenabwägung angezeigt scheint, einer Mittelsperson Pflichten aufzuerlegen.

³⁸¹ Zu Internetangebotssperren zur Unterbindung rechtswidriger Online-Glücksspiel *F. Hofmann*, WRP 2020, 1089, 1094 ff.

³⁸² Vgl. EuGH GRUR 2014, 468 – UPC Telekabel.

deutscher Interpretation,³⁸³ vgl. § 7 Abs. 4 TMG) erst, nachdem die Inanspruchnahme Dritter wie dem Hostprovider gescheitert ist (Subsidiaritätsklausel).³⁸⁴

(2) Eine Rolle spielt ferner die Gefährdetheit der Tätigkeit des Intermediärs.³⁸⁵ Je verletzungsanfälliger die Tätigkeit, desto höher die Pflichten.³⁸⁶ Dieser Gedanke findet sich auch in Erwägungsgrund 62 der DSM-RL. Verfahren zur Freistellung von der Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen sollen nicht für Diensteanbieter gelten, deren Hauptzweck es ist, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern. Die Gefährdetheit bestimmt sich dabei anhand von zwei Parametern: Erstens dem konkreten Anlass zu der Befürchtung, dass es zu Rechtsverletzungen Dritter kommt, was auch und gerade durch das Verhalten des Plattformbetreibers selbst beeinflusst wird, z.B. durch eine Anpreisung der Plattformfunktionalität als rechtsverletzend oder das Unterlassen von Sicherungsmaßnahmen, und zweitens der Schwere der potentiell eintretenden Rechtsverletzungen. Je größer der Anlass zur Befürchtung von Rechtsverletzungen und je schwerwiegender die zu befürchtenden Verletzungen sind, desto mehr Aufwand muss der Plattformbetreiber auf sich nehmen, um Rechtsverletzungen zu vermeiden.³⁸⁷

(3) Besonderes Gewicht ist bei der Abwägung auch den technischen Möglichkeiten zu geben.³⁸⁸ Es wurde bereits darauf verwiesen, dass die Verantwortlichkeit der Plattform umso eingeschränkter zu sein hat, je schwieriger es ist, in automatisierten Verfahren Rechtsverletzungen treffsicher abzustellen. Dies gilt selbstredend auch umgekehrt (o. C. Teil 1, II. 5. a)). Hier kann zugleich die Größe der Plattform eine Rolle spielen („Start-up“-Privileg“).³⁸⁹

(4) Erzielt die Plattform Einnahmen kann dies für intensivere Pflichten sprechen (u. C. Teil 2, II. 4. b) (2) (aa)).³⁹⁰

³⁸³ Diese Subsidiaritätsklausel ist nicht über jeden unionsrechtlichen Zweifel erhaben, *F. Hofmann*, NJW 2016, 769, 771.

³⁸⁴ Vgl. BGH GRUR 2016, 268 – Störerhaftung des Access-Providers; LG München I GRUR-RR 2019, 345 – Album-Veröffentlichung.

³⁸⁵ BGH GRUR 2016, 268 Rn. 26 – Störerhaftung des Access-Providers; BGH GRUR 2009, 841 Rn. 21 f. – Cybersky.

³⁸⁶ *J. B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 980 m.w.N.

³⁸⁷ Für Persönlichkeitsrechtsverletzungen: LG Hamburg MMR 2010, 433, 434 – Flagging bei YouTube.

³⁸⁸ Vgl. BGH GRUR 2011, 152 Rn. 39 ff. – Kinderhochstühle im Internet.

³⁸⁹ Vgl. Buiten/de Streef/Peitz, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S. 16, abrufbar unter <https://www.cretr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2019/rethinkin-liability-rules-for-online-hosting-platforms-miriam-buiten-alexandre-de-streef-martin-peitz/view>; zu Art. 17 DSM-RL *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1226 f.

³⁹⁰ BGH GRUR 2015, 485 Rn. 50 – Kinderhochstühle im Internet III; *Holzengel*, ZUM 2018, 350, 353; *Wagner*, GRUR 2020, 447, 451.

(5) Aus Verbrauchersicht spielt auch das „Prognoserisiko“ (o. C. Teil 1, III. 1.) eine Rolle. Darf die Plattform glauben, dass der Inhalt rechtmäßig ist, spricht dies gegen eine Handlungspflicht. So ließe sich unter dem Art. 17 DSM-RL-Regime argumentieren, dass sich die Plattform von der Haftung befreien kann, wenn ein Kleinstinhalt nicht gelöscht wurde, weil die Plattform vermutet hat, dass der Nutzer sich auf eine Schranke berufen kann.³⁹¹ Auch die Rechtsprechung erkennt diese Überlegung an. Bei der Ausgestaltung der Verkehrspflichten soll nach dem BGH darauf abzustellen sein, ob die Rechtsverletzung eines Dritten auf Grund einer unklaren Rechtslage erst nach eingehender rechtlicher oder tatsächlicher Prüfung festgestellt werden kann oder aber für den als Störer in Anspruch Genommenen offenkundig und unschwer zu erkennen ist.³⁹² Folglich kann es sein, dass die Pflicht einer Plattform mit Blick auf eine Markenverletzung anders ausgestaltet ist als beispielsweise bei einer eine komplexe Abwägung erfordernden Persönlichkeitsrechtsverletzung.³⁹³ Auf diese Weise nimmt man Plattformen Lösungsdruck.

Pflichten sind schließlich vor allem abhängig von der in Rede stehenden Funktionalität. Dies ist nun näher zu beleuchten.

4. Funktionszentrierte Zuweisung von Verkehrspflichten

EuGH und BGH haben in der Vergangenheit, wie gesehen, der Sache nach bereits Verkehrspflichten für interaktionsmittelnde Funktionalitäten von Plattformen ausdifferenziert, die einer gesetzlichen Regelung zugrunde gelegt werden könnten. Auch in den Entscheidungen der Instanzgerichte finden sich vereinzelt Verkehrspflichten für Plattformfunktionalitäten. Die durch den EuGH statuierten Verkehrspflichten gelten über die Bindungswirkung der Rechtsprechung des EuGH³⁹⁴ ohnehin für alle Gerichte und alle Bürger in der EU und sollten daher von einer gesetzlichen Regelung aufgegriffen werden. Aus der Rechtsprechung des BGH und der Instanzgerichte können sich dagegen allein Vorschläge für weitere Verkehrspflichten und ihre Ausdifferenzierung auf europäischer Ebene ergeben. Ob die derzeit durch die deutsche Rechtsprechung statuierten Verkehrspflichten auf den europäischen Rechtsraum übertragen werden sollten, ist in jedem Einzelfall kritisch zu prüfen. Im Folgenden sollen daher die bereits in der Rechtsprechung entwickelten Verkehrspflichten aufgezeigt (a)) und für das Aufgreifen durch eine mögliche gesetzliche Regulierung in solche Verkehrspflichten strukturiert werden, die interaktionsmittelnden Plattformen generell auferlegt werden und solche, die nur für bestimmte interaktionsmittelnde Plattformen gelten sollten (b)). Es wird insofern zwischen allgemeinen und

³⁹¹ Vgl. näher *F. Hofmann*, ZUM 2020, 665, 669 f.

³⁹² BGH GRUR 2015, 485 Rn. 50 – Kinderhochstühle im Internet III.

³⁹³ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 451.

³⁹⁴ Vgl. dazu statt Vieler: EuGH EuR 2009, 241, 251

besonderen Verkehrspflichten unterschieden. Die Verkehrspflichten werden im Rahmen dieser Strukturierung ausdifferenziert und ergänzt, wobei sowohl Ideen aus der Literatur als auch aus anderen Gesetzen und Gesetzesvorhaben aufgegriffen werden.

a) Analyse der durch die Rechtsprechung statuierten Verkehrspflichten

Eine allgemeine Vorabprüfungspflicht bzgl. aller über die Plattformfunktionalität gemittelten Inhalte existiert de lege lata nicht, vgl. Art. 15 E-Commerce-RL. Der Plattformanbieter ist nicht zu einer ständigen Recherche nach etwaigen Rechtsverletzungen verpflichtet. Allerdings ist er nach verbreiteter Rechtsprechung gehalten, in den AGB auf die Pflicht zur Beachtung fremder Urheberrechte hinzuweisen.³⁹⁵ Der Anbieter interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten haftet nach der Rechtsprechung von EuGH und BGH grundsätzlich erst dann, wenn es nach einem Hinweis auf eine Rechtsverletzung³⁹⁶ erneut zu einer derartigen Rechtsverletzung gekommen ist, weil der Anbieter interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten nicht unverzüglich tätig geworden ist, um den rechtsverletzenden Inhalt zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren und dafür zu sorgen, dass es zukünftig nicht zu derartigen Rechtsverletzungen kommt.³⁹⁷ Die Vorgabe einer offensichtlichen Rechtsverletzung, auf die sich der Hinweis beziehen muss, um eine Haftung der Plattform auszulösen, hat der BGH ausdrücklich aufgegeben.³⁹⁸

Konkret wird damit vom Plattformanbieter verlangt, dass er nach einem Hinweis auf eine klare Rechtsverletzung

1. den Hinweis auf die Rechtsverletzung prüft,
2. im Falle einer Rechtsverletzung den rechtsverletzenden Inhalt unverzüglich entfernt oder den Zugang zu ihm sperrt und
3. dafür sorgt, dass es zukünftig nicht zu „derartigen“ Rechtsverletzungen kommt.

Mit dieser Rechtsprechung gibt der BGH aber nur das grobe Korsett an Verkehrspflichten vor. Durch weitere Rechtsprechung oder gesetzgeberisches Handeln konkretisiert werden muss:

1. Wie der Hinweis auf die Rechtsverletzung ausgestaltet sein muss, damit die Verkehrspflichten ausgelöst werden
2. Welche Anforderungen an die Prüfung der Rechtsverletzung zu stellen sind

³⁹⁵ OLG Hamburg MMR 2006, 398, 402 – Cybersky.

³⁹⁶ So beispielsweise für das Kennzeichenrecht: BGH NJW 2001, 3265 – ambiente.de.

³⁹⁷ BGH MMR 2019, 37 Rn. 49 – YouTube.

³⁹⁸ BGH Urt. v. 27.07.2020, GRUR-RS 2020, 23312 Rn. 41; LG Frankfurt, Urt. v. 02.10.2020 – 2-03 O 148/19.

3. Wie konkret dafür zu sorgen ist, dass es nicht zu weiteren Rechtsverletzungen kommt, und wie Verhältnismäßigkeitserwägungen die Verkehrspflichten begrenzen
4. Ob lediglich identische oder auch kerngleiche Rechtsverletzungen zu verhindern sind

(1) Hinweis auf die Rechtsverletzung

Der Hinweis auf die Rechtsverletzung wird in der Regel durch ein Hinweisschreiben gegeben. Aus ihm muss der rechtsverletzende Charakter der beanstandeten Bewertung unschwer hervorgehen.³⁹⁹ Für persönlichkeitsrechtsverletzende Bewertungen hat der BGH es als ausreichend erachtet, wenn sich die Bewertung durch Angabe der Fundstelle und des Zeitpunkts eindeutig identifizieren lässt und der Bewertete es zumindest durch Nichtwissen bestreitet, dass es einen Kundenkontakt zu dem Bewertenden gab. Die eindeutige Identifikationsmöglichkeit durch Angabe von Fundstelle und Zeitpunkt der Rechtsverletzung ließe sich dabei auch auf andere Rechtsgebiete übertragen.

(2) Anforderungen an die Prüfung der Rechtsverletzung: Verfahrensvorgaben

Nach Eingang des Hinweisschreibens hat sich der Plattformanbieter selbst ein Bild von der Lage zu verschaffen, die für die Beurteilung der Rechtsverletzung erforderlichen Informationen einzuholen und die Situation letztlich selbst rechtlich zu bewerten.⁴⁰⁰ Zur Sachverhaltsermittlung hat er ein spezifisches Verfahren anzuwenden, das vom BGH in der Entscheidung „Blog-Eintrag“⁴⁰¹ für Betreiber von Meinungsforen entwickelt wurde,⁴⁰² das sich aber durchaus als horizontale Vorgabe für sämtliche Rechtsgebiete und Plattformfunktionalitäten als tauglich erweist.⁴⁰³ Der Portalbetreiber hat die Beschwerde des Bewerteten dem bewertenden Nutzer zur Stellungnahme weiterzuleiten. Meldet sich der Nutzer nicht zurück oder vermögen seine Ausführungen die Beurteilung der Bewertung als persönlichkeitsrechtsverletzend nicht zu erschüttern, so hat der Plattformanbieter die Bewertung umgehend zu löschen. Andernfalls muss er die Nutzererwiderung dem Bewerteten weiterleiten und ihm Gelegenheit zur Stellungnahme geben. Meldet sich der Bewertete nicht oder tritt er den aufgeworfenen Bedenken nicht ausreichend entgegen, kann die Bewertung auf der Plattform verbleiben. Entkräftet der Bewertete die Erwiderung, muss die Löschung erfolgen.⁴⁰⁴

³⁹⁹ BGH GRUR 2016, 855 Ls. 4 – Ärztebewertung III (jameda II); BGH NJW 2012, 148, 151 – Blog-Eintrag.

⁴⁰⁰ Vgl. hierzu bereits eingehend *Specht/Eickhoff* CR 2016, 740 ff.

⁴⁰¹ BGH NJW 2012, 148, 150 – Blog-Eintrag.

⁴⁰² Zur Anwendbarkeit auf Bewertungsportale vgl.: BGH GRUR 2016, 855 – Ärztebewertung III (jameda II) für Ärztebewertungsportale, aufgrund der vergleichbaren Interessenlage für den bewertenden Nutzer und Bewertetem wohl aber ausdehnbar auf sämtliche Bewertungsportale.

⁴⁰³ LG Frankfurt a. M. MMR 2019, 276: Verfahrensvorgaben für Suchmaschinenbetreiber identisch.

⁴⁰⁴ OLG München MMR 2015, 620, 621.

Diese Verfahrensanforderungen wurden in der BGH-Entscheidung „Ärztbewertung III“ („jameda II“)⁴⁰⁵ präzisiert: Danach ist die Recherchepflicht des Diensteanbieters nicht darauf beschränkt, vom Nutzer ein kurzes Statement („in zwei Sätzen“) anzufordern. Ebenso darf er sich nicht mit inhaltsleeren Erklärungen des Nutzers zufriedengeben.⁴⁰⁶ Vielmehr muss er auch ggf. bestehende weitere Nachweise zum Beleg für den vom Nutzer vorgetragenen Sachverhalt einholen (im Urteils Sachverhalt: Rezepte/Terminvereinbarungen/Datum der Behandlung). Diese muss er auch – ggf. überarbeitet und anonymisiert, um die Standards der § 12 Abs. 2 TMG, § 13 Abs. 6 TMG einzuhalten – vollständig dem Bewerteten übermitteln, um ihm eine effektive Möglichkeit zur Stellungnahme einzuräumen. Zur Einholung von Sachverständigengutachten zur Überprüfung der einer Aussage zugrundeliegenden Tatsachen (z. B. der Frage, ob eine Behandlung *lege artis* durchgeführt worden ist) ist der Plattformanbieter hingegen nicht verpflichtet.⁴⁰⁷ Diese Verkehrspflichten gelten nach den Urteilen Blog-Eintrag und Arztbewertung III sowohl für Tatsachenbehauptungen als auch für Meinungsäußerungen, die ihre Grundlage in einer Tatsachenbehauptung haben⁴⁰⁸ und mittlerweile auch für bloße Meinungsäußerungen.⁴⁰⁹

Wie lange der Plattformanbieter abwarten darf, bis er das Stellungnahmeverfahren einleitet, ist unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, insbesondere sind das Gewicht der Rechtsverletzung auf der einen und die Erkenntnismöglichkeiten des Plattformanbieters auf der anderen Seite zu berücksichtigen. Das Landgericht Hamburg hat im Einzelfall ein Abwarten von vier Tagen als angemessen erachtet.⁴¹⁰

Dieses Verfahren erscheint insgesamt als ein Baustein zur Vielfaltsicherung. Zu bedenken ist aber unbeschadet des hohen Aufwandes für Plattformen auch, dass das Moderationsverfahren eine Mitwirkungspflicht des Verbrauchers, dessen Verhalten beanstandet wurde, voraussetzt. Beteiligt sich der Verbraucher nicht, kann der Kommentar nach der Rechtsprechung des BGH gelöscht werden. Das berührt nicht nur indirekt das Recht auf Anonymität/Pseudonymität, sondern schafft wegen der Gefahr von Registrierungspflichten auch eine Zugangshürde für Verbraucherinteraktionen auf Plattformen (o. C. Teil 1, I. 3. c)). Das in § 13 Abs. 6 TMG⁴¹¹ gewährleistete und grundrechtlich abgesicherte Recht auf Anonymität/Pseudonymität im Netz

⁴⁰⁵ BGH GRUR 2016, 855 – Arztbewertung III (jameda II).

⁴⁰⁶ OLG Braunschweig ZD 2020, 253.

⁴⁰⁷ OLG Hamm MMR 2018, 766 Rn. 81; restriktiv auch Pfeiffer CR 2020, R64.

⁴⁰⁸ BGH GRUR 2016, 855 – Arztbewertung III (jameda II); NJW 2012, 148, 150 – Blog-Eintrag; vgl. zum Ganzen auch: BeckOGK/Specht-Riemenschneider, Stand: 01.08.2020, § 823 BGB Rn. 1551 ff.

⁴⁰⁹ BGH NJW 2018, 2324 Rn. 32; LG Frankfurt a.M. Urt. v. 06.10.2020 – 2-03 O 148/19, S. 13 m.w.Nachw.

⁴¹⁰ Allerdings für eine Suchmaschine: LG Hamburg NJW-RR 2017, 1323 Rn. 44.

⁴¹¹ Die Frage der Anwendbarkeit von § 13 Abs. 6 TMG neben der DSGVO steht in Streit (ablehnend z. B. OLG Hamburg BeckRS 2019, 38438 Rn. 5 – Telemedizin), soll hier aber nicht weiter erörtert werden, da die Möglichkeit anonymer Nutzung von Telemedien jedenfalls über Art. 25 DSGVO gewährleistet wird.

kann aber jedenfalls im Außenverhältnis weiterhin gewährleistet werden, auch wenn das beschriebene Moderationsverfahren gesetzlich vorgesehen wird. Jedenfalls im Anwendungsbereich von § 13 Abs. 6 TMG wurde eine solche Gewährleistung der Anonymität/Pseudonymität im Außenverhältnis zu anderen Nutzern, die nicht zwingend auch im Innenverhältnis zur Plattform gewährleistet werden musste, als ausreichend angesehen.⁴¹²

(3) Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen

Während die Verfahrensvorgabe grundsätzlich sämtliche Anbieter interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten trifft und sich Unterschiede aus Verhältnismäßigkeitsabwägungen allein in der Frist zur Einleitung des Stellungnahmeverfahrens ergeben können, bestimmen sich die Maßnahmen zur Verhinderung weiterer Rechtsverletzungen bereits heute maßgeblich danach, welche Verkehrspflichten den Plattformen zumutbar sind. Dabei wird derzeit aber – mit Ausnahme der Regulierung im Urheberrecht durch Art. 17 Abs. 5 DSM-RL – weniger auf die Größe der Plattform und ihre Prüfkapazitäten abgestellt, sondern vielmehr darauf, inwieweit das Geschäftsmodell des Plattformbetreibers auf Rechtsverletzungen angelegt ist und sie fördert. Je gefahrgeneigter das Geschäftsmodell, desto strenger fallen die Verkehrspflichten aus.

Im Grundsatz ist es dabei jedenfalls nicht zumutbar, jeden Inhalt vor einer Veröffentlichung durch manuelle Prüfung auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen.⁴¹³ Dem Plattformbetreiber dürfen keine Maßnahmen auferlegt werden, die ein von der Rechtsordnung grundsätzlich gebilligtes Geschäftsmodell gefährden oder unverhältnismäßig belasten.⁴¹⁴ Fordert das Geschäftsmodell einer Plattform Rechtsverletzungen aber heraus oder fördert es die Gefahr einer rechtsverletzenden Nutzung, z. B. weil in der Werbung die rechtswidrige Nutzung als wesentlich herausgestellt wird,⁴¹⁵ verschärfen sich die Verkehrspflichten. Mitunter ist dies auch dann der Fall, wenn ein Geschäftsmodell von Rechtsverletzungen profitiert,⁴¹⁶ wobei die Rechtsprechung es für eine Verschärfung der den Plattformanbieter treffenden Pflichten bereits ausreichen lassen will, wenn der rechtsverletzende Gebrauch nicht außerhalb jeder Wahrscheinlichkeit liegt.⁴¹⁷ Dieser Maßstab scheint indes überhöht.⁴¹⁸

⁴¹² *Specht/Eickhoff*, CR 2016, 740 m.w.Nachw.

⁴¹³ BGH GRUR 2011, 152 Rn. 39 – Kinderhochstühle im Internet; OLG Hamburg GRUR-RR 2013, 94 – Kinderhochstühle II.

⁴¹⁴ BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; GRUR 2004, 860, 864 – Internet-Versteigerung; OLG Hamburg GRUR-RR 2014, 140 – 3dl.am; GRUR-RR 2013, 94 – Kinderhochstühle II.

⁴¹⁵ BGH GRUR 2009, 841 Tz 22 – Cybersky.

⁴¹⁶ BGH GRUR 2004, 860 – Internet-Versteigerung.

⁴¹⁷ BGH GRUR 2009, 841 Rn. 20 - Cybersky.

⁴¹⁸ Vgl. Dreier/Schulze-Specht, § 97 Rn. 31; Schricker/Loewenheim-Leistner, § 97 Rn. 129.

Konkret erlegt die Rechtsprechung den Betreibern interaktionsmittelnder Plattformen anlassbedingt nach Hinweis auf eine klare Rechtsverletzung den Einsatz von Wortfiltern⁴¹⁹ und Lösch-Interfaces auf,⁴²⁰ aber auch den Einsatz mehrerer Mitarbeiter zur manuellen Kontrolle der Inhalte bei gefahrgeneigten Geschäftsmodellen.⁴²¹ Auch dann, wenn das Geschäftsmodell nicht gefahrgeneigt ist, besteht zudem die Verpflichtung, durch einen geeigneten Hinweis das Zumutbare zur Verhinderung identischer und kerngleicher Verletzungshandlungen durch Dritte zu tun. Hierzu gehört insbesondere die Verpflichtung, Google aufzufordern, rechtsverletzende Inhalte aus dem Google-Cache zu entfernen,⁴²² aber auch andere Dritte, die die rechtsverletzenden Inhalte bereithalten, zur Löschung der Inhalte aufzufordern.⁴²³ Diese Verpflichtung kann sich aber aus Gründen der Verhältnismäßigkeit lediglich auf Inhalte beziehen, die durch eine einfache Recherche auffindbar sind, wobei auch hier ein strengerer Maßstab angelegt werden sollte, je gefahrgeneigter das mit der konkreten Plattformfunktionalität verfolgte Geschäftsmodell ausfällt.

(4) Verhinderung weiterer identischer oder kerngleicher Rechtsverletzungen

Der Plattformanbieter hat erstens identische Rechtsverletzungen desselben und anderer Rechtsverletzer⁴²⁴ zukünftig zu verhindern, ohne dass es eines erneuten Hinweises bedürfte. Zweitens gilt diese Verpflichtung aber auch für kerngleiche Rechtsverletzungen.⁴²⁵ Dies sind Rechtsverletzungen, in denen das Charakteristische der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt,⁴²⁶ im Äußerungsrecht also beispielsweise wortgleiche oder sinngleiche Äußerungen.⁴²⁷ Sinngleiche Äußerungen sind allerdings nur sehr zurückhaltend anzunehmen. „Leicht unterschiedliche Formulierungen“, durch die im Wesentlichen die gleiche Aussage vermittelt wird, können vom gerichtlichen Verbot umfasst sein. Die Formulierung der Äußerung muss damit im Kern gleich bleiben, Rechtschreibungs- oder Interpunktionsfehler wirken sich aber nicht aus.⁴²⁸ Im Bildnisrecht wird die Kerntheorie jedenfalls in der deutschen Rechtsprechung abgelehnt.⁴²⁹

⁴¹⁹ BGH GRUR 2007, 890 Rn. 60 – Jugendgefährdende Medien bei eBay; BGH MMR 2013, 185 Rn. 35 – Alone in the Dark; vgl. auch Schlussanträge des Generalanwaltes Szpunar BeckRS 2019, 10236 Rn. 61 – Glawischnig-Piesczek.

⁴²⁰ BGH GRUR 2013, 1030 – File-Hosting Dienst.

⁴²¹ BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 58 ff. – File-Hosting-Dienst.

⁴²² OLG Düsseldorf MMR 2016, 114 Rn. 81; OLG Celle MMR 2015, 408 – Ferienwohnung im Internet.

⁴²³ BGH GRUR 2016, 104 – recht§billig.

⁴²⁴ OLG Hamburg ZUM-RD 2009, 246, 266 – Usenet I.

⁴²⁵ EuGH MMR 2011, 596 - L'Oréal/eBay m. Anm. Hoeren.

⁴²⁶ BGH NJW 2019, 1142 Rn. 18 ff.; NJW 2014, 775 Rn. 18 – Restwertbörse II; GRUR 2011, 433 Rn. 26 – *Verbotsantrag bei Telefonwerbung*; NJW-RR 2006, 1048 Rn. 36 – Parfümtestkäufe.

⁴²⁷ EuGH GRUR 2019, 1208 - Glawischnig-Piesczek.

⁴²⁸ Schlussanträge des Generalanwaltes Szpunar BeckRS 2019, 10236 Rn. 67 - Glawischnig-Piesczek.

⁴²⁹ So unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung BGH GRUR 2010, 173 Rn. 7 f. – Kinder eines ehemaligen Fußballprofis; GRUR 2009, 1091 Rn. 7 – Wilde Frisur des Andrea Casiraghi; ZUM-RD 2008, 294 – Veröffentlichung von Bildnissen aus privatem Alltag; OLG Düsseldorf ZUM-RD 2011, 84; OLG Frankfurt a. M.

Der Umfang der Störerhaftung bestimmt sich schon de lege lata danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch Genommenen nach den Umständen eine Prüfung zuzumuten ist.⁴³⁰ Starre Vorgaben scheiden dabei aus. Dieser Verhältnismäßigkeitseinwand ist grundrechtlich geboten und wird auch de lege ferenda zugrunde zu legen sein. Möglicherweise lassen sich aber Verkehrspflichten erkennen, deren Einhaltung für eine größere Vielzahl an Plattformbetreibern als allgemeine Verkehrspflichten grundsätzlich unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten zumutbar sind, und solche Verkehrspflichten, die nur bestimmten Plattformbetreiber als besondere Verkehrspflichten abverlangt werden können.

b) Strukturierung, Ausdifferenzierung und Ergänzung der Verkehrspflichten

(1) Allgemeine Verkehrspflichten

(aa) Ex ante-Verkehrspflichten

(aaa) Pre-Flagging und delayed Takedown

Es sollte die Möglichkeit einer Kennzeichnung von Inhalten als rechtmäßig vorgesehen werden (Pre-Flagging). Ergibt eine sich an das Pre-Flagging anschließende automatisierte summarische Prüfung (Plausibilitätsprüfung), dass das Flagging nicht offensichtlich – also für jedermann auf den ersten Blick unschwer erkennbar – unzutreffend ist, sollten Inhalte nicht offline genommen werden dürfen, bevor sich nicht derjenige, der sich durch den Inhalt in seinen Rechten verletzt sieht, gegen den Inhalt wendet und eine Prüfung durch die Plattform ergibt, dass der Inhalt rechtswidrig ist. Bis zum Abschluss des Prüfverfahrens ist der Inhalt online zu halten⁴³¹ und der Plattformbetreiber von der Haftung für den geflaggteten Inhalt freizustellen (Pre-flagging und delayed takedown). Die Möglichkeit des Pre-Flaggings trägt der in Betracht kommenden Zeitkritikalität von Inhalten Rechnung und reduziert zugleich das plattformseitige Prognoserisiko.⁴³² Das namentlich von Google angeführte Missbrauchsrisiko, das die Möglichkeit eines Pre-Flaggings mit sich bringt, besteht ebenso für die Kennzeichnung als rechtsverletzender Inhalt und kann daher als Argument nicht taugen. Es wird reduziert durch das Erfordernis einer summarischen Prüfung, die allerdings automatisiert erfolgen können muss, um die

ZUM-RD 2010, 540; OLG Hamburg ZUM-RD 2009, 543; vgl. dazu auch *Mann* AfP 2008, 566 f.;

Wandtke/Bullinger/Fricke § 22 Rn. 24: „Zusammenhangsverbot“ sowie Dreier/Schulze-Specht, § 33 Rn. 6b.

⁴³⁰ BGH GRUR 1999, 418, 419 – Möbelklassiker; BGH GRUR 2004, 693 – Schöner Wetten; BGH GRUR 2006, 875 Rn. 32 – Rechtsanwalts-Ranglisten.

⁴³¹ Dreier, GRUR 2019, 771 777; F. Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1228; Becker, ZUM 2019, 636, 645; Spindler, CR 2019, 277, 290; Spindler, CR 2020, 50, 57.

⁴³² Kaesling/Knapp, MMR 2020 (im Erscheinen).

Verkehrspflichten der Plattform nicht zu überspannen,⁴³³ und ist durch entsprechende Sanktionsmöglichkeiten der fehlkennzeichnenden Nutzer einzudämmen (hierzu sogleich). Sperrt ein Plattformbetreiber Inhalte, obwohl diese (nicht offensichtlich unzutreffend) als rechtmäßig gekennzeichnet wurden, sollten Verbraucherverbände im Wege der Unterlassungsklage gegen den Diensteanbieter vorgehen können, wenn dies wiederholt und schuldhaft⁴³⁴ erfolgt. Wird ein zu sperrender Inhalt nicht gesperrt, sollte die Plattform auf Schadensersatz und Unterlassung in Anspruch genommen werden können. Das entstehende – und hier angesichts der an die Offensichtlichkeit einer unzutreffenden Kennzeichnung zu stellenden hohen Anforderungen als gering einzuschätzende – Haftungsrisiko für die Plattform ist im Interesse eines angemessenen Interessenausgleichs im Dreiecksverhältnis zwischen inhalts anbietenden und inhaltsnachfragenden Nutzern sowie dem Plattformbetreiber hinzunehmen.

(bbb) „Second-Chance“-Flagging

Der Nutzer sollte für das Flagging aber nicht an einen bestimmten Zeitpunkt gebunden sein. Flagged er nicht bereits vorab, sollte ihm ein Flagging auch nach einer getroffenen Sperr- bzw. Löschentscheidung möglich sein. D. h. konkret, dass der Nutzer nach einer einmal getroffenen Entscheidung nicht allein auf das Beschwerdeverfahren verwiesen, sondern den Inhalt auch nachträglich als rechtmäßig flaggen kann. Auch hier sind die Inhalte zunächst online zu halten, sofern die Plausibilitätsprüfung ergibt, dass das Flagging nicht offensichtlich – also für jedermann auf den ersten Blick unschwer erkennbar – unzutreffend ist. Bis zum Abschluss des Prüfverfahrens ist der Plattformbetreiber von der Haftung für den geflaggteten Inhalt freizustellen.

(ccc) Anforderungen an den Gebrauch von Filtern

Werden Filter eingesetzt, die Inhalte ohne auf eine Rechtsverletzung zu reagieren, überprüfen, so sollten Anforderungen an die technische Ausgestaltung dieser Filter gesetzlich festgeschrieben werden. Einem Vorschlag von *Raue/Steinebach* folgend ließe sich die Reaktion des Filtersystems von folgenden Parametern abhängig machen:⁴³⁵

- Ausmaß der Übereinstimmung:

⁴³³ Dies ist Google zuzugeben, vgl. Stellungnahme zu einem Diskussionsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, S. 20, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/080320_Stellungnahme_Google_RefE_Urheberrecht-II.pdf?__blob=publicationFile&v=2.

⁴³⁴ *F. Hofmann*, ZUM 2020, 665, 669: Es wird sich nicht verhindern lassen, dass es zu Fehlern kommt. Maßgeblich ist, ob die Plattform Sorgfalt aufgewendet hat, ein funktionsfähiges System in Gang zu setzen.

⁴³⁵ *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff.; vgl. auch bereits: *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 92.

Das Ausmaß der erforderlichen Übereinstimmung zwischen dem durch den Rechtsinhaber gemeldeten Inhalt und dem gefilterten Inhalt sollte so festgelegt werden, dass nur wenige false-positives ausgegeben werden.

- Person des Rechtsinhabers

Das Filtersystem könnte zwischen verschiedenen Rechtsinhaberkategorien unterscheiden und Inhalte nur solcher Rechtsinhaber automatisiert sperren, die sich in der Vergangenheit als bei der Nutzung des Dienstes rechtstreu erwiesen haben.⁴³⁶

- Selbsteinschätzung des Nutzers

Wie bereits an anderer Stelle dargelegt,⁴³⁷ sollte ein als rechtmäßig geflaggtter Inhalt von der automatisierten Filterung ausgenommen und von vornherein einer menschlichen Überprüfung zugeführt und ggf. nach dieser Prüfung offline genommen werden (Pre-Flagging und delayed takedown).⁴³⁸

- Zeitkritikalität

Inhalte mit Bezug zum Tagesgeschehen (z. B. eine tagesaktuelle Parodie,⁴³⁹ Meinungsäußerung) könnten ebenfalls von der automatisierten Filterpflicht ausgenommen werden, sofern keine 1:1-Übernahme des Inhalts vorliegt.

- Gefährdungspotential des Inhalts

Inhalte, die nur selten abgerufen werden, gefährden die Rechte und Interessen der Rechtsinhaber weniger stark als hoch frequentierte Inhalte. Im Falle dieser nur selten abgerufenen Inhalte ist es daher gerechtfertigt, die Nutzerinteressen höher zu gewichten und Inhalte daher erst ab einem bestimmten Schwellenwert ihres Abrufes der automatisierten Filterpflicht zu unterwerfen.

Die verwendeten Filtersysteme könnten einer staatlichen Aufsicht unterliegen, die den verwendeten Algorithmus im Vorfeld überprüft und ggf. zulässt oder aber seine Verwendung ablehnt („Algorithmen-TüV“).⁴⁴⁰ Über die Funktionsweise der Algorithmen sollte jeder Nutzer auf Verlangen informiert werden müssen.⁴⁴¹ Es bedarf daher eines Anspruchs auf Datenzugang, der freilich den Geschäftsgeheimnisschutz wahren muss. Ungeachtet dessen muss bedacht werden,

⁴³⁶ *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff., sehen einen vertrauenswürdigen Rechtsinhaber als solchen an, der über ein großes Repertoire und über einen seriösen Trackrecord verfügt.

⁴³⁷ S.o. C. Teil 2, II. 4. b) (aa) (1) (a).

⁴³⁸ Vgl. dazu etwa: *Spindler*, CR 2019, 277, 290.

⁴³⁹ *Senfileben*, ZUM 2019, 369, 373.

⁴⁴⁰ *Garstka*, Intellectual Property Law and Human Rights, S. 8; *Specht*, Diktat der Technik, 2019, S. 48.

⁴⁴¹ Zu den Informationspflichten unter Art. 17 DSM-RL vgl. *Gerpott*, MMR 2019, 420, 425.

dass sich die Filtertechnologie weiterentwickelt. Das Recht muss in der Lage sein, dies abzubilden (dazu bereits o. C. Teil 1 II. 1 (4) (aa)).

(ddd) Designpflichten

Plattformbetreiber sind für die Organisation ihrer Plattform verantwortlich. Aus diesem Grunde können und sollten ihnen Pflichten zum nutzerfreundlichen Design auferlegt werden, die eine effektive Inanspruchnahmefähigkeit der den Nutzern zustehenden Rechte gewährleisten.⁴⁴² Welche Mühen Nutzer auf sich nehmen, um ihre Rechte zu verteidigen, hängt letztlich vom persönlichen Kosten-Nutzen-Kalkül des jeweiligen Nutzers ab.⁴⁴³ Neben möglichen Verfahrens- und Rechtsanwaltskosten sowie dem drohenden Verlust von Anonymität/Pseudonymität bei Inanspruchnahme gerichtlicher oder außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen⁴⁴⁴ beeinflusst der persönliche zeitliche Aufwand das Nutzerverhalten erheblich.⁴⁴⁵ Untersuchungen aus den USA ergaben, dass 66% der bei einer Studie befragten Nutzer Zeitkosten als Argument dafür nannten, notifications, die sie aufgrund eines rechtsinhaberseitig beanstandeten Inhalts erhalten, nicht anzugreifen. 34% wussten nicht, wie sie sie angreifen sollten.⁴⁴⁶ Ganz ähnliche Ergebnisse erzielt eine Studie der Universität Cambridge, in der die Nutzung der den §§ 95b ff. UrhG im englischen Recht entsprechenden Regelungen untersucht wurde. § 95b UrhG setzt Art. 6 der InfoSoc-RL um und beinhaltet einen Anspruch der Nutzer, die notwendigen Mittel zur Verfügung gestellt zu bekommen, um Schrankenbestimmungen ausüben zu können, wenn eine verwendete technische Schutzmaßnahme die Ausübung der Schrankenbestimmung, z. B. der Privatkopiefreiheit, unterbindet. Unter den befragten Studienteilnehmern wurde festgestellt, dass Nutzer die Beschwerdemöglichkeiten der den §§ 95b ff. UrhG im englischen Recht entsprechenden Regelungen entweder nicht kannten oder es zu mühsam fanden, sie zu nutzen.⁴⁴⁷ Die bloß theoretische Gewährleistung der besten Nutzerrechte taugt also nichts, wenn der Nutzer nicht weiß, wie er sie ausüben kann oder wenn es ihn zu viel Zeit kostet, sie auszuüben.

Damit dies nicht auch für nach europäischem Recht zu etablierenden Beschwerdemechanismen der Nutzer auf Plattformen zutrifft, ist es erforderlich, die leichte Erkennbarkeit, Zugänglichkeit und

⁴⁴² Vgl. auch *Buiten/de Stree/Peitz*, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S. 17, abrufbar unter <https://www.crctr224.de/en/research-output/discussion-papers/archive/2019/rethinkin-liability-rules-for-online-hosting-platforms-miriam-buiten-alexandre-de-streel-martin-peitz/view>.

⁴⁴³ *Kaesling/Knapp*, MMR 2020 (im Erscheinen).

⁴⁴⁴ Zum Verlust der Anonymität/Pseudonymität online s. *van der Nagel/Frith*, First Monday 2015, Vol. 20 Nr. 3; *Chen* u.a., Behaviour & Information Technology 27 (2008), 229.

⁴⁴⁵ *Penney*, Stanford Technology Law Review 2019, 412, 451.

⁴⁴⁶ *Penney*, Stanford Technology Law Review 2019, 412, 451.

⁴⁴⁷ *Akester*, Technological accommodation of conflicts between freedom of expression and DRM: the first empirical assessment, 2009, S. 104 f.

Nutzbarkeit der Beschwerdemechanismen durch entsprechende Pflichten zur Ausgestaltung der Plattform („Designpflichten“) sicherzustellen. Derartige Designpflichten sind dem europäischen Recht nicht fremd. Sie finden sich insbesondere im Fernabsatzrecht, z. B. in Art. 8 Abs. 2 und 3 Verbraucherrechtlicher Richtlinie („Buttonlösung“). Hier muss der Verbraucher „klar und in hervorgehobener Weise, und unmittelbar bevor dieser seine Bestellung tätigt“, auf bestimmte Informationen hingewiesen werden. Plattformdesignpflichten finden sich auch in Art. 25 DSGVO und Art. 28b AVMD-Richtlinie. Nach Art. 28b Abs. 3 UAbs. 3 lit. d AVMD-RL beispielsweise sollen Plattformbetreiber den Nutzern die Möglichkeit der Meldung relevanter (jugendgefährdender) Inhalte mittels Einrichtung und Betrieb von transparenten und nutzerfreundlichen Mechanismen geben. Dieser Pflicht könnten die Plattformbetreiber beispielsweise durch leicht erkennbare und leicht nutzbare Buttons und Verfahrensschritte zur Meldung von Rechtsverstößen nachkommen.⁴⁴⁸ Gleiches muss für die Meldung von zu Unrecht gesperrten Inhalten gelten. Es geht also insgesamt um die Pflicht zur Integration „effektiver Medienkompetenztools und -maßnahmen.“⁴⁴⁹ Eben diese Designpflichten sollten Anbietern interaktionsmittelnder Plattformen insgesamt als allgemeine Verkehrspflicht auferlegt werden. Die Flaggingoption für Nutzer sollte sich danach im Design darauf beschränken, den Nutzern eine Auswahl an Inhaltskategorien zu Zwecken des Flaggings anzubieten.⁴⁵⁰

(bb) Ex post-Verkehrspflichten

(aaa) „Notice and negotiation Verfahren“

Allgemeine Verfahrensvorgaben

Kern der Verkehrspflicht für jede interaktionsmittelnde Plattformfunktionalität sollten prozedurale Gewährleistungen sein. Die Plattform sollte im Sinne der Blogeintrag-Rechtsprechung⁴⁵¹ verpflichtet sein, einen Streitbeilegungsmechanismus bereitzuhalten, der bei einem Hinweis auf eine mögliche Rechtsverletzung zum Tragen kommt. Die Plattform ist hierdurch nicht nur zur Durchführung eines sogenannten „takedowns“, also der Löschung oder Sperrung der fraglichen Inhalte, und auch nicht allein zu einem sogenannten „staydown“ der fraglichen Inhalte verpflichtet, sondern zur Durchführung des beschriebenen Streitbeilegungsmechanismus. Dies ließe sich als notice-and-negotiation-Verfahren beschreiben. Im nationalen Recht ist die Pflicht zur Entfernung

⁴⁴⁸ *Specht-Riemenschneider*, MMR 2020, 137, 138.

⁴⁴⁹ Vgl.: *Cornils*, Intermediärregulierung in der EU, S. 3, abrufbar unter: https://www.mainzer-medieninstitut.de/wp-content/uploads/BMG-2018_keynote-cornils-text_endfassung-3.docx.pdf, zuletzt abgerufen am 12.10.2020; *Kogler*, K&R 2018, 537, 538.

⁴⁵⁰ *Kaesling/Knapp*, MMR 2020 (im Erscheinen).

⁴⁵¹ BGH MMR 2012 124 mit Anm. Hoeren – Blogeintrag; für ein ähnliches Konzept wohl auch *Schwartzmann/Hentsch*, MMR 2020, 207, 211 f.

von Inhalten im NetzDG vorgesehen und mit zeitlichen Fristen angereichert. Danach sind offensichtlich rechtswidrige Inhalte i.d.R. innerhalb von 24 Stunden nach Eingang einer hinreichend konkret gefassten Beschwerde zu entfernen oder es ist der Zugang zu ihnen zu sperren und jeder (einfach) rechtswidrige Inhalt ist unverzüglich, in der Regel innerhalb von sieben Tagen nach Eingang einer hinreichend konkreten Beschwerde, zu entfernen oder der Zugang zu ihm sperren.⁴⁵² Der NetzDG-Entwurf sieht in § 3b ein „Gegenvorstellungsverfahren“ vor, das es Nutzern, deren Inhalte gelöscht wurden, ermöglicht, gegen die Löschung der Inhalte vorzugehen und das es v. a. vorsieht, dass den primären Streitparteien jeweils die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Hierdurch wird das durch die Rechtsprechung entwickelte Blögeintragverfahren⁴⁵³ abgebildet. Es eignet sich auch für eine Normierung auf europäischer Ebene.⁴⁵⁴ Die Vorgabe einer offensichtlichen Rechtsverletzung, auf die sich der Hinweis beziehen muss, um eine Haftung der Plattform auszulösen, hat der BGH ausdrücklich aufgegeben.⁴⁵⁵ Die Gewährleistung von Anonymität bzw. Pseudonymität im Außenverhältnis zu anderen Plattformnutzern ist aufrecht zu erhalten (s.o.).

Takedown oder Stayup während der Dauer der Überprüfung?

Geregelt werden sollte aber zwingend auch, was mit den Inhalten während der Dauer der Überprüfung durch die Plattform oder auch im Rahmen eines außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahrens bzw. eines gerichtlichen Verfahrens geschieht. Unterscheiden ließe sich hier zwischen bestimmten Inhalten:

- Ein sofortiger Takedown noch vor Durchführung des „Blögeintragverfahrens“⁴⁵⁶ scheint erforderlich bei bestimmten, besonders schwerwiegenden Rechtsverletzungen, wenn eine summarische automatisierte Prüfung (Plausibilitätsprüfung) ergibt, dass dieser Hinweis zutrifft.⁴⁵⁷ Zu diesen besonders schwerwiegenden Rechtsverletzungen könnten insbesondere zählen: gewaltverherrlichende Inhalte, nationalsozialistische Aussagen, Tierquälerei sowie Straftaten im Sinne der §§ 86, 86a 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in Verbindung mit 184d, 187, 201a, 241 oder 269 StGB. Sofern es dazu kommt, dass ein Inhalt dieser Kategorie als rechtmäßig geflagged wurde und die Plausibilitätsprüfung ergab, dass das Flagging nicht offensichtlich – also für jedermann auf

⁴⁵² Zu Flexibilisierungen der Fristen vgl. *Schwartmann*, GRUR-Prax 2017, 317 ff.

⁴⁵³ BGH MMR 2012, 124 mit Anm. Hoeren – *Blögeintrag*.

⁴⁵⁴ Den zumindest partiellen Vorbildcharakter des NetzDG für ADR-Verfahren erörtert ausführlich auch: *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, 56, 58 (im Erscheinen).

⁴⁵⁵ BGH Urt. v. 27.07.2020, GRUR-RS 2020, 23312 Rn. 41; LG Frankfurt, Urt. v. 02.10.2020 – 2-03 O 148/19.

⁴⁵⁶ BGH MMR 2012, 124 mit Anm. Hoeren – *Blögeintrag*.

⁴⁵⁷ *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, 56, 63 (im Erscheinen).

den ersten Blick unschwer erkennbar – unzutreffend war, besteht also eine gleichwertige Plausibilitätswahrscheinlichkeit dafür, dass der Inhalt rechtswidrig oder rechtmäßig ist, ist ein Inhalt dieser Kategorie aufgrund seiner Verletzungsintensität dennoch bis zur abschließenden Entscheidung über seine Rechtswidrigkeit offline zu nehmen.

- Eine Stay-up Verpflichtung ergibt sich bei anderweitigen Rechtsverletzungen, sofern der Inhalt als rechtmäßig geflaggt (Pre-Flagging oder Second-Chance Flagging) wurde und die Plausibilitätsprüfung ergibt, dass das Flagging nicht offensichtlich – also für jedermann auf den ersten Blick unschwer erkennbar – unzutreffend ist (Pre-flagging und delayed takedown, s. o.). Bis zum Abschluss des Prüfverfahrens ist der Plattformbetreiber von der Haftung für den geflaggten Inhalt freizustellen.
- Eine Stay-up Verpflichtung sollte sich auch für Inhalte und Nutzer ergeben, die sich auf einer obligatorisch von der Plattform vorzuhaltenden White-List befinden.⁴⁵⁸

Anforderungen an die Begründung gemeldeter Rechtsverletzungen und Flags, Missbrauchskontrolle

Das Missbrauchsrisiko, das sowohl einer Hinweismöglichkeit auf eine Rechtsverletzung innewohnt als auch einer Pre-Flagging-Möglichkeit, ließe sich in Anlehnung an die in § 19 UrhDaG-E gefundene Lösung dadurch begegnen, dass der Plattformbetreiber berechtigt ist, den mehrfach falsch hinweisenden bzw. pre-flaggenden Nutzer (wrongful flagging)⁴⁵⁹ von diesen Instrumenten auszuschließen,⁴⁶⁰ indem ihm diese Möglichkeit entweder für einen gewissen Zeitraum nicht mehr zur Verfügung gestellt wird, oder indem sich das mehrfach unrechtmäßige Flagging auf die Plausibilitätsprüfung (s. o.) auswirkt. Eine schärfere Sanktionierung⁴⁶¹ würde den häufig rechtsunkundigen Nutzer von der Kennzeichnung seiner Inhalte als rechtmäßig abhalten, und dies selbst dann, wenn hohe Voraussetzungen für die Annahme eines solchen missbräuchlichen Flaggings bestünden, beispielsweise ein vorsätzliches unrechtmäßiges Flagging erforderlich sein sollte. Mit Blick auf die effektive Gewährleistung der aus den europäischen Grundrechten folgenden und explizit zu normierenden Nutzerrechte (effet utile, Art. 4 Abs. 3 EUV) kann das nicht gewollt sein.

⁴⁵⁸ Leistner, ZGE/IPJ 2020, 56; ARD, ZDF, Stellungnahme zur DSM-RL, abrufbar unter S. 6.

⁴⁵⁹ Spindler, CR 2020, 50 Rn. 52.

⁴⁶⁰ Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1228; Spindler, CR 2020, 50 Rn. 58; Specht-Riemenschneider, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 90; konträr für die Einführung sog. “trusted uploader”, auf deren Rechtmäßigkeitskennzeichnungen vertraut werden darf: Schwartmann/Hentsch, MMR 2020, 207, 212.

⁴⁶¹ Vgl. aber F. Hofmann, ZUM 2020, 665, 668 f.

Weder die Begründungspflicht des auf eine mögliche Rechtsverletzung hinweisenden noch die des pre-flaggenden Nutzers sollte im Interesse eines effektiven Rechtsschutzes überspannt werden. Man wird aber einerseits verlangen können, dass der Detailgrad so hoch ist, dass Rechtsinhabern Rechtsverletzungen rechtssicher zugeordnet werden können, damit es nicht zu Missverständnissen kommt.⁴⁶² Für den Fall eines unberechtigten Hinweises muss der fehlerhaft hinweisende Nutzer hierfür zur Verantwortung gezogen werden können, etwa nach den Grundsätzen über eine unberechtigte Schutzrechtsverwarnung oder auch als Ordnungswidrigkeit oder sogar Straftat.⁴⁶³ Andererseits darf den Nutzern aber auch kein Detailgrad abverlangt werden, der sie faktisch von der Ausübung ihrer Rechte abhält.⁴⁶⁴ Ähnlich den aus dem Fernabsatzrecht bekannten Musterwiderrufsbelehrungen könnten Plattformbetreiber verpflichtet werden, gesetzlich vorformulierte Formulare mit vorformulierten, auswählbaren Antwortmöglichkeiten zur Verfügung zu stellen, die unmittelbar und leicht zugänglich vorgehalten werden müssen.⁴⁶⁵

Reichweite einer möglichen Takedown- und Staydown-Verpflichtung

Wird im Rahmen des Streitbeilegungsmechanismus festgestellt, dass eine Rechtsverletzung vorliegt, so sollte der Plattformbetreiber zunächst im Rahmen der allgemeinen Verkehrspflichten zur Beseitigung der angezeigten Rechtsverletzung sowie zur zukünftigen Unterlassung derselben Rechtsverletzung durch denselben und andere Nutzer verpflichtet sein. Die Unterlassung und Beseitigung kerngleicher Verletzungshandlungen sollte dagegen allein für kommerziell tätige Plattformen und allein abhängig von den technischen Möglichkeiten gelten⁴⁶⁶ (s. o. C. Teil 2, II. 4. a) (4) und C. Teil 1 II. 1. a) (4) (aa)). Sie ist bereits heute mit den Vorgaben des Art. 15 E-Commerce-RL vereinbar.⁴⁶⁷

(bbb) Unterwerfung unter außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

Vorbildregelung NetzDG, JMStV und UrhDaG-E

Außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren sind v. a. im NetzDG (§ 3 Abs. 2 Nr. 3b, Abs. 6 NetzDG) und im Jugendmediensstaatsvertrag (§ 19 ff. JMStV) angelegt. Danach können Entscheidungen über die Rechtswidrigkeit eines Inhaltes an eine staatlich anerkannte Einrichtung

⁴⁶² Vgl. hierzu detailliert: *iRIGHTS e.V.*, Stellungnahme Art. 17 DSM-RL, S. 25 f.; Spindler, CR 2020, 50, 54.

⁴⁶³ *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228; *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 88; *iRIGHTS e.V.*, Stellungnahme Art. 17 DSM-RL, S. 25; kritisch zur Anwendung der Grundsätze über die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung: *Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.* zu dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 26.

⁴⁶⁴ *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 88.

⁴⁶⁵ *Kaesling/Knapp*, MMR 2020 (im Erscheinen).

⁴⁶⁶ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 448.

⁴⁶⁷ EuGH MMR 2019, 798 m. Anm. *Specht-Riemenschneider*.

der regulierten Selbstregulierung übertragen werden. Diese Einrichtungen werden im Anwendungsbereich des NetzDG vom Bundesamt für Justiz und im Anwendungsbereich des JMStV von der Kommission für Jugendmedienschutz (KJM) auf Antrag anerkannt, wenn sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen, insbesondere muss die Unabhängigkeit und Sachkunde der Prüfer gewährleistet sein, vgl. § 3 Abs. 6 Nr. 1 NetzDG bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 1 JMStV. Im Anwendungsbereich des NetzDG wurde am 13.1.2020 die FSM als Einrichtung der regulierten Selbstregulierung anerkannt, im Anwendungsbereich des JMStV sind eine Reihe von Einrichtungen der regulierten Selbstregulierung anerkannt, z.B. die Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen e.V. (FSF). Die Entscheidungen der Einrichtung der regulierten Selbstregulierung ist sowohl im Anwendungsbereich des NetzDG als auch im Anwendungsbereich des JMStV bindend.

Wichtig ist, dass die Einrichtung der regulierten Selbstregulierung von sämtlichen Nutzern, nicht allein von den Rechtsinhabern angerufen werden können muss. Der NetzDG-Entwurf, der derzeit noch beraten wird, sieht neben der Möglichkeit der Anrufung einer Einrichtung der regulierten Selbstregulierung die Möglichkeit der Durchführung eines außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens vor. Der erforderliche Verfahrensgang bis zur Schlichtung ist in § 3c Abs. 3 NetzDG-E derzeit wie folgt ausgestaltet:

- Es wird ein Inhalt beanstandet;
- es erfolgt eine Entscheidung über einen beanstandeten Inhalt, für die sich das soziale Netzwerk bereits vor der Entscheidung einer Einrichtung der regulierten Selbstregulierung unterwerfen kann.
- Wird der Inhalt entfernt, kann auf Veranlassung des Nutzers ein Gegenvorstellungsverfahren durchgeführt werden. Ist der Beitrag nicht entfernt worden, kann die Entscheidung zur Überprüfung bei der Stelle der regulierten Selbstregulierung veranlasst werden.
- Anschließend kann die Schlichtungsstelle angerufen werden.

Auch im Entwurf eines Urheberdiensteanbietersgesetzes (UrhDaG-E) ist die Möglichkeit einer außergerichtlichen Streitbeilegung vorgesehen. So kann sich der Diensteanbieter zur Entscheidung über die Rechtmäßigkeit eines Inhaltes im Rahmen eines nach § 14 UrhDaG-E durchgeführten Beschwerdeverfahrens einer vom Bundesamt für Justiz im Einvernehmen mit dem Deutschen Patent- und Markenamt anerkannten externen Beschwerdestelle bedienen. Außerdem haben Nutzer und Rechtsinhaber die Möglichkeit, zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten über die Entfernung, Sperrung oder öffentliche Wiedergabe von geschützten Werken durch Diensteanbieter eine private Schlichtungsstelle anzurufen, § 17 UrhDaG-E. Auch diese private Schlichtungsstelle

muss zunächst vom Bundesamt für Justiz im Einvernehmen mit dem Deutschen Patent- und Markenamt anerkannt werden. Außerdem richtet das Bundesamt für Justiz im Einvernehmen mit dem Deutschen Patent- und Markenamt eine behördliche Schlichtungsstelle ein, die nur zuständig ist, wenn eine private Schlichtungsstelle nicht zur Verfügung steht, § 18 UrhDaG.

Anforderungen an außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen

Mithilfe außergerichtlicher Streitbeilegungsmechanismen lässt sich nach einer Untersuchung von *Fiala/Husovec* ein Overblocking von Inhalten signifikant reduzieren.⁴⁶⁸ Voraussetzung ist allerdings, dass die Entscheidungsgremien plural oder mit neutralen Experten besetzt sind⁴⁶⁹ und dass die Letztentscheidungskompetenz der staatlichen Gerichte in jedem Fall gewährleistet ist. Außerdem ist eine Bindungswirkung der Plattformen an die Entscheidung der außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen bis zur ggf. erfolgenden Letztentscheidung durch staatliche Gerichte erforderlich.⁴⁷⁰ Einen bloßen Anreiz zur Bindung an die Entscheidung der außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle zu geben, indem die Plattform bei Umsetzung der Entscheidung von der Haftung befreit wird,⁴⁷¹ ist in Anbetracht des dann ggf. erforderlichen weiteren Aufwandes zur Rechtsdurchsetzung nicht gleichermaßen geeignet. Den primären Streitparteien und auch der Plattform selbst sollte die Möglichkeit erhalten bleiben, trotz der Entscheidung der privaten Schlichtungsstelle die Entscheidung eines staatlichen Gerichtes herbeizuführen. Bis zur Entscheidung des staatlichen Gerichtes bliebe die Entscheidung der außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle bindend.⁴⁷² Die Möglichkeit eines Eilverfahrens sollte zwingend erhalten bleiben, auch wenn zuvor die Entscheidung einer Schlichtungsstelle herbeigeführt wurde.⁴⁷³ Die Anrufung eines staatlichen Gerichtes sollte im Interesse der Rechtssicherheit aber nur innerhalb einer bestimmten Frist nach der Entscheidung der privaten Schlichtungsstelle erfolgen können.⁴⁷⁴

(ccc) Begleitmaßnahme: Auskunftsanspruch

Damit ein staatliches Gericht auch von den primären Streitparteien angerufen werden kann, ist es erforderlich, zunächst Auskunftsansprüche gegen den Plattformbetreiber geltend zu machen, die den Plattformbetreiber dazu verpflichten, die bei ihm gespeicherten personenbezogenen Daten des Anspruchsgegners an den Anspruchsteller herauszugeben. Derartige Ansprüche existieren bereits

⁴⁶⁸ *Fiala/Husovec*, Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process, TILEC Discussion Paper No. 2018-028, 2018, S. 25; vgl. auch *Kaesling/Knapp*, MMR 2020 (im Erscheinen).

⁴⁶⁹ *Kaesling/Knapp*, MMR 2020 (im Erscheinen).

⁴⁷⁰ So zutreffend: *Wagner*, GRUR 2020, 447, 456.

⁴⁷¹ Google, Stellungnahme zu einem Diskussionsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, S. 23.

⁴⁷² *Wagner*, GRUR 2020, 447, 454, 456.

⁴⁷³ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 454.

⁴⁷⁴ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 456.

z.T., vgl. z.B. § 242 BGB i.V.m. § 14 Abs. 3 TMG für Persönlichkeitsrechtsverletzungen, sie sollten aber auf europäischer Ebene normiert werden. Zur Erfüllung des Auskunftsanspruchs bedarf es – jedenfalls in Deutschland – eines gerichtlichen Beschlusses,⁴⁷⁵ sodass eine private Streitbeilegungsstelle über diesen Auskunftsanspruch nicht entscheiden dürfte. Umso wichtiger ist es, unionsrechtlich vorzugeben, dass diese Auskunftsansprüche im Eilverfahren geltend gemacht werden können, um die mögliche Zeitkritikalität von Inhalten – ihre erhebliche Verletzungsintensität einerseits, die mit Zeitablauf zunimmt, andererseits aber auch ihre mögliche nur zeitlich begrenzte Wirksamkeit, z.B. wenn der Inhalt aktuelle Ereignisse betrifft – im Netz angemessen zu berücksichtigen.⁴⁷⁶ Eines Eilverfahrens bedarf es auch deshalb, weil mangels Klarnamenpflicht im Netz häufig von den Plattformen nur die IP-Adresse herausgegeben werden kann. Um an die Klardaten des Verletzers zu gelangen, muss dann ein weiterer Auskunftsanspruch gegen den Access-Provider geltend gemacht werden können, der derzeit (a) aber nicht existiert und (b) selbst im Falle seiner Existenz ohne vorangeschaltetes Eilverfahren in der Regel ins Leere laufen würde, weil die zur IP-Adresse des Verletzers gehörenden Klardaten beim Access-Provider nur für einen sehr begrenzten Zeitraum gespeichert werden. Dieser Anspruch gegen den Access-Provider ist als zweiter Auskunftsanspruch ebenfalls im Eilverfahren zu normieren, wie dies z.B. im nationalen Urheberrecht in § 101 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 7 UrhG normiert ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind weitergehende Auskunftsansprüche möglich.⁴⁷⁷

(ddd) Befolgung der durch die zentrale Aufsichtsbehörde auferlegten Maßnahmen

Sollte es zu einer europäischen oder mitgliedstaatlichen Aufsicht über die Tätigkeiten von Plattformen (über die einzuhaltenden prozeduralen Maßnahmen, nicht über die Inhalte) kommen, wie dies verschiedentlich vorgeschlagen wird,⁴⁷⁸ so sollte es zu den allgemeinen Verkehrspflichten der Plattformbetreiber zählen, die aufsichtsbehördlichen Maßnahmen innerhalb der gesetzten Frist umzusetzen.

(2) Besondere Verkehrspflichten

(aa) Besondere Verkehrspflichten für die kommerzielle Mittelung von Kommunikation

Erzielen Plattformen mit ihrer Tätigkeit keine Gewinne, sollten ihnen schon deshalb geringere Haftungsrisiken auferlegt werden, weil sie anderenfalls zu erheblich negativen Effekte

⁴⁷⁵ BGH NJW 2014, 2651 – Ärztebewertung I.

⁴⁷⁶ Im nationalen Recht können Auskunftsansprüche in der Regel nicht im Eilverfahren geltend gemacht werden, weil dies eine Vorwegnahme der Hauptsache bedeutete.

⁴⁷⁷ Diese muss allerdings jedenfalls im Urheberrecht derzeit nicht herausgegeben werden, vgl. EuGH ECLI:EU:C:2020:542.

⁴⁷⁸ European Parliament, Draft Report 2020/2018, S. 7.

internalisieren müssten, ohne dass ihnen die Möglichkeit verbliebe, gleichzeitig positive externe Effekte in Form von Gewinnen zu internalisieren. Der Anreiz zum Angebot von nicht-kommerziell tätigen Plattformen schwände. Erzielt die Plattform hingegen mit ihrer Tätigkeit Gewinne, kann die Anreizstruktur angepasst werden, die Haftungsrisiken können jedenfalls bis zu einem gewissen Punkt erhöht werden, ohne dass ein Ausbleiben des Plattformangebotes zu befürchten ist. Es ist daher nicht unzumutbar, von kommerziell tätigen Plattformen zu verlangen, die Takedown- und Staydown-Verfahren? auf kerngleiche Inhalte zu erstrecken, was ggf. im Sinne der Rechtsprechung des EuGH auch den Einsatz von Wortfiltern erforderlich macht.⁴⁷⁹

Soll gleichzeitig ein Anreiz zum Betrieb weniger gefahrgeneigter Geschäftsmodelle gegeben werden, ist es angezeigt, die Verkehrspflichten der Plattform entsprechend der Gefahrgeneigtheit des Dienstes zu steigern. Ein gefahrgeneigter Dienst im oben beschriebenen Sinne hat daher im Sinne der Rechtsprechung anlassbedingt nach einem entsprechenden Hinweis auch manuelle Kontrollen von Inhalten vorzunehmen.

Darüber hinaus lässt sich für besonders gefahrgeneigte Inhalte über nochmals gesteigerte Verkehrspflichten in Form von Vorab-Kontrollen nachdenken, und zwar als eng auszulegende Ausnahme von dem Verbot allgemeiner Verkehrspflichten, das im Grundsatz aufrecht erhalten bleiben sollte. In Betracht kommt dies aber allenfalls bei kinderpornographischen, gewaltsamen oder gewaltverherrlichenden Inhalten. Grundsätzlich führt eine anlasslose Vorabkontrollpflicht zu einer Verletzung des Grundrechts auf Meinungsfreiheit.⁴⁸⁰ Darüber hinaus steht – unabhängig von einer Vereinbarkeit der Verkehrspflichten mit Art. 10 EMRK – Art. 14 E-Commerce-RL derartigen präventiven Überwachungspflichten derzeit entgegen.⁴⁸¹ Gleichwohl hat der EGMR für besonders intensive Rechtsverletzungen entschieden, dass präventive Vorabkontrollen ausnahmsweise eine berechnete und angemessene Beschränkung der auf Seiten des Uploaders betroffenen Grundrechte und Grundfreiheiten darstellen können.⁴⁸² Für diese besonders verletzungssensiblen Inhalte ließe sich in Fällen der kommerziellen Mittelung von Inhalten über eine Aufhebung des Verbotes präventiver Filterpflichten aus Art. 14 E-Commerce-RL nachdenken, unter den Voraussetzungen, dass die Rechtsverletzung erstens offensichtlich ist und zweitens die technische Möglichkeit besteht, sie automatisiert zu erkennen.

⁴⁷⁹ EuGH MMR 2019, 798 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook mit Anm. *Specht-Riemenschneider*.

⁴⁸⁰ EGMR NJW 2017, 2091 – Magyar Tartalomszolgáltatók/Hungary; zur Diskussion um die Filterpflicht nach Art. 17 DSM-RL vgl. *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 80 f.

⁴⁸¹ Ebenso: *Lauber-Rönsberg* GRUR-Prax 2015, 299.

⁴⁸² EGMR MMR 2014, 35 ff. – Delfi AS/Estonia.

Strengere Verkehrspflichten für kommerziell tätige interaktionsmittelnde Plattformen können aber aus Verhältnismäßigkeitsgründen nicht sämtliche Plattformen in identischer Form treffen. Angezeigt scheint daher eine Kleinstplattformklausel, wobei sich an Art. 17 Abs. 5 und 6 DSM-RL orientiert werden könnte.

(bb) Besondere Verkehrspflichten für die Mittelung kommerzieller Kommunikation

Mittelt der Plattformbetreiber kommerzielle Inhalte, d. h. solche Inhalte, für die der Nutzer ein Entgelt enthält, das nicht zwingend von der Plattform zu zahlen ist, sondern ebenso durch Dritte gezahlt werden kann, obliegen dem einzelnen Nutzer v. a. wettbewerbsrechtliche Kennzeichnungspflichten, die in Art. 6 UGP-Richtlinie auf europäischer Ebene niedergelegt sind. Insbesondere hat der Nutzer dafür zu sorgen, dass er die kommerzielle Kommunikation als solche kenntlich macht, Art. 6 Abs. 1, Abs. 5 UGP-Richtlinie, § 5a Abs. 1, Abs. 6 UWG. Wie genau gekennzeichnet werden muss, ist umstritten, eine Kennzeichnung in einer Hash-Wolke ist aber jedenfalls nicht ausreichend.⁴⁸³ Zu fordern sein wird eine für den Durchschnittsverbraucher auf den ersten Blick erkennbare unmissverständliche Kennzeichnung durch den Nutzer der Plattform. Der Plattformbetreiber sollte jedenfalls dann, wenn er eine solche kommerzielle Tätigkeit der Nutzer gestattet, dazu angehalten sein, die gesetzlich vorgeschriebenen Kennzeichnungen durch ein entsprechendes Kennzeichnungs-Tool zu ermöglichen und den Nutzer auf dessen Kennzeichnungsverpflichtung hinzuweisen. Diese Design- und Informationspflicht sollte ihm auferlegt werden.

Außerdem ist der kommerziell tätige Nutzer gehalten, ein Impressum vorzuhalten, Art. 5 Abs. 1 TMG (vgl. zum unionalen Pendant: Art. 5 E-Commerce-RL). Eine ganze Reihe einzeln genannter Informationen muss von Diensteanbietern „für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt angebotene Telemedien“ „leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar“ vorgehalten werden.⁴⁸⁴ Zwar ist umstritten, ob der konkrete Nutzer, der User generated Content auf Interaktionsplattformen bereit hält, tatsächlich kennzeichnungsverpflichteter Diensteanbieter ist, oder ob diese Verpflichtung einzig den Plattformbetreiber für dessen eigene Inhalte trifft,⁴⁸⁵ die besseren Argumente streiten aber für eine Kennzeichnungspflicht auch der Nutzer selbst. Insbesondere sind die Auftritte von Nutzern auf Interaktionsplattformen so hinreichend individuell, dass sie sich von den Inhalten des Plattformbetreibers abgrenzen und als eigene Inhalte des Nutzers erkennbar sind. Dies spricht entscheidend für eine eigene Kennzeichnungspflichtigkeit der

⁴⁸³ Zu den Modalitäten der Kennzeichnung vgl. *Fries*, Influencer-Marketing, S. 166 ff.

⁴⁸⁴ *Fries*, Influencer-Marketing, S. 93.

⁴⁸⁵ Hierzu umfassend *Fries*, Influencer-Marketing, S. 93.

Inhalte.⁴⁸⁶ Auch hier sollte die Plattform über entsprechende Designpflichten gehalten sein, die entsprechende Kennzeichnung zu ermöglichen und den Nutzer darauf hinzuweisen, dass er eine entsprechende Information vorhalten muss. Eine entsprechende proaktive Verpflichtung kann jedenfalls nach Rechtsprechung des BGH bereits de lege lata aus Ingerenz hergeleitet werden, denn der Plattformbetreiber ist verpflichtet, Verstöße seiner Nutzer gegen gesetzliche Vorschriften so weit wie möglich zu verhindern.⁴⁸⁷ Eine entsprechende Verkehrssicherungspflicht eines Intermediärs zur Vermeidung von Impressumverstößen auf einer Plattform wurde auch vom OLG Frankfurt und vom OLG Düsseldorf bereits bejaht.⁴⁸⁸

5. Materiell-rechtliche Gewährleistungen

Neben den beschriebenen Verkehrspflichten bedarf es weiterer materiell-rechtlicher Gewährleistungen, die neben die allgemeinen Verkehrspflichten treten und damit sämtliche interaktionsmittelnde Plattformen treffen. Dies sind die Gewährleistung subjektiver Nutzerrechte, Transparenz- und Berichtspflichten der Betreiber interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten sowie die verpflichtende Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten, an den in Streitfällen an den Plattformbetreiber adressierte Schriftstücke zugestellt werden können. Im Einzelnen:

a) Subjektive Nutzerrechte

Jede Maßnahme, die den Betreibern interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten auferlegt wird, muss die Grundrechte und Grundfreiheiten aller betroffener Akteure wahren.⁴⁸⁹ Im Rahmen der Plattformregulierung ist dabei in der Regel ein Grundrechtsausgleich im Dreiecksverhältnis vorzunehmen: Zu wahren sind sowohl die Rechte und Interessen der Rechtsinhaber, Art. 17 GrCh, als auch die Rechte und Interessen der Plattformbetreiber, Art. 10 GrCh, aber auch und gerade die Rechte und Interessen der Internetnutzer, Art. 11 GrCh. In den Rechtssachen UPC Telekabel,⁴⁹⁰ Scarlet Extended⁴⁹¹ und SABAM/Netlog⁴⁹² hat der EuGH unmissverständlich dargelegt, dass es für einen solchen Interessenausgleich erforderlich ist, dass Nutzer sich gegen ein unrechtmäßiges Sperren von Inhalten zur Wehr setzen können (s. a. o. C. Teil 1 II. 3.). In der Rechtssache SABAM/Netlog führte der EuGH etwa aus, die Informationsfreiheit der Nutzer könnte durch den

⁴⁸⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Fries*, Influencer-Marketing, S. 93 ff.

⁴⁸⁷ So für das Wettbewerbsrecht: BGH ZUM 2007, 846 Rn. 22 – Jugendgefährdende Medien auf eBay.

⁴⁸⁸ OLG Frankfurt a.M. GRUR-RR 2009, 315, 315 – Impressumspflicht; OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1305, 1307 – Internetportal.

⁴⁸⁹ Vgl. zu diesem Interessenausgleich sowie zur Begründung subjektiver Nutzerrechte insgesamt: *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, S. 46 ff.

⁴⁹⁰ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 64 – UPC Telekabel.

⁴⁹¹ EuGH GRUR Int. 2012, 153 – Scarlet Extended.

⁴⁹² EuGH EuZW 2012, 261 – SABAM/Netlog.

Einsatz automatisierter Vorabfilterpflichten beeinträchtigt werden, weil die Gefahr bestünde, dass das System nicht hinreichend zwischen einem unzulässigen und einem – etwa aufgrund von Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts – zulässigen Inhalt unterscheiden kann, sodass sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte.⁴⁹³ Zu einer unrechtmäßigen Sperrung von Kommunikation kann es aber auch kommen, wenn nicht Filter, sondern für die Plattform tätige natürliche Personen über die Onlineschaltung bzw. Onlinehaltung oder Sperrung bzw. Löschung der Inhalte entscheiden. Auch hierdurch kann es also zur Beeinträchtigung von grundrechtlich geschützten Positionen der Nutzer kommen.

Diese Beeinträchtigungen wiegen deshalb so schwer, weil das Sperren und Löschen von Inhalten die Aktionslast auf die von der Sperrung bzw. Löschung betroffenen Nutzer überbürdet, ohne dass das materielle Recht einen entsprechenden Rechtsbehelf vorsieht, um dieser Aktionslast nachzukommen. „Aktionslast“ bedeutet dabei, dass es nicht mehr der die Rechtsverletzung meldende Nutzer ist, der sich (ggf. auch gerichtlich) gegen die Rechtsverletzung wehren muss, sondern der vermeintlich rechtverletzende Nutzer, der die Rechtmäßigkeit seiner Handlung durchsetzen muss, z. B. der sich äuernde Nutzer, der der Meinung ist, seine Äußerung sei rechtmäßig. Wenn das materielle Recht aber (abseits von nicht gleichwertigen vertragsrechtlichen Ansprüchen) keine Rechtsposition vorsieht, die es dem Nutzer erlaubt, gerichtlich gegen die Sperrung bzw. Löschung vorzugehen, fehlt ihm sinnbildlich der Schlüssel zum Gerichtssaal. Er kann dann nicht gegen die unrechtmäßige Sperrung bzw. Löschung von Inhalten vorgehen, obwohl das Recht ihm diese (Aktions-)Last auferlegt.⁴⁹⁴ Wehren können sich die Nutzer daher einzig angemessen über subjektive, d. h. klagbare Nutzerrechte.⁴⁹⁵ Diese subjektiven Nutzerrechte müssen daher im Falle einer Regulierung der Tätigkeiten von Plattformen generell gesetzlich normiert werden.⁴⁹⁶

Auch aus rechtsökonomischen Gründen sind derartige Ansprüche zu befürworten, denn sie geben dem Nutzer sekundär einen Schadensersatzanspruch gegen den Plattformbetreiber, der spiegelbildlich zum Anspruch des Rechtsinhabers gegen den Plattformbetreiber bei Veröffentlichung rechtswidriger Inhalte ausgestaltet ist und dadurch Anreizstrukturen schafft, die

⁴⁹³ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 50 – UPC Telekabel; ebenso: EuGH GRUR 2012, 265 Rn. 52 – Scarlet Extended.

⁴⁹⁴ Dazu eingehend: *Specht*, Diktat der Technik.

⁴⁹⁵ *Hofmann*, ZUM 2020, 665, 668 f.

⁴⁹⁶ Generalisierend: *Szpunar*, Schlussanträge BeckRS 2019, 10236 Rn. 62: „Übrigens sind Dritte, die von gerichtlichen Verfügungen möglicherweise mittelbar betroffen werden, an den Verfahren, in denen diese Verfügungen ergehen, nicht beteiligt. Vor allem aus diesem Grund muss diesen Dritten die Möglichkeit eingeräumt werden, vor Gericht gegen die Durchführungsmaßnahmen vorzugehen, die ein Host-Provider aufgrund einer gerichtlichen Verfügung ergreift, wobei diese Möglichkeit nicht davon abhängig sein darf, dass der Dritte eine Parteistellung in einem Verfahren zur Hauptsache einnimmt.“

einem *overblocking* entgegenwirken.⁴⁹⁷ Vertragliche Ansprüche existieren dagegen schon nicht für jeden Fall der Plattformnutzung und bieten außerdem nicht dieselbe Gewähr für Transparenz und Rechtssicherheit wie dies zwingende gesetzliche Ansprüche tun würden, sodass sie die Anreizstruktur nicht vergleichbar beeinflussen.⁴⁹⁸

Die Ausübung der subjektiven Nutzerrechte sollte technisch seitens der Plattform zumindest ermöglicht, wenn nicht gar optimiert ausgestaltet werden. Entsprechende Designpflichten sollten insofern darauf gerichtet sein, einfache, gut erkennbare Meldewege bereitzuhalten.⁴⁹⁹ In den Plattform-AGB sollte klar und verständlich auf die Existenz und die Möglichkeit der Ausübung der subjektiven Nutzerrechte hingewiesen werden,⁵⁰⁰ wobei die Defizite einer Informationspflicht in AGB hinlänglich bekannt und daher hier nicht wiederholt werden sollen. Sie werden wohl auch nicht ausgeräumt werden können, wenn die Informationspflichten über ein gesondert abrufbares Hinweisblatt zur Verfügung abgestellt werden.⁵⁰¹ Untersuchungen aus dem Datenschutzrecht belegen, dass auch ein solcher Onepager den Informationserfolg beim Nutzer (leider) nicht erhöht.⁵⁰² Die Bereithaltung der Information in AGB oder gesondert auf einem Hinweisblatt kann daher allenfalls eine ergänzende Maßnahme sein. Eine Einschränkung oder gar eine Abbedingung der Nutzerrechte in AGB sollte nicht in Betracht kommen dürfen. Die subjektiven Nutzerrechte sind insofern zwingend auszugestalten.

b) Transparenz- und Berichtspflichten

Es lassen sich außerdem Transparenzpflichten der Plattformen erwägen, die sich darauf beziehen, welche Anzahl von Inhalten jährlich gesperrt oder gelöscht werden, wie viele Sperrungen der Inhalte angegriffen werden und in wie vielen Fällen die Einrichtungen der privaten Streitbeilegung und Gerichte Entscheidungen letztlich aufrecht erhalten oder sie korrigieren.⁵⁰³ Innerhalb dieser Berichte sollte zwischen einzelnen Rechtsgebieten und Lösungsgründen differenziert werden. Über den Umgang mit Beschwerden müssen soziale Netzwerke nach nationalem Recht gem. § 2 Abs. 1 NetzDG halbjährlich auf der eigenen Website sowie im Bundesanzeiger berichten. Auch

⁴⁹⁷ *Kaesling/Knapp*, MMR 2020 (im Erscheinen); weitergehender für ein Verbot urheberrechtlich rechtmäßige Uploads zu verhindern: *Schwartzmann/Hentsch*, MMR 2020, 207, 212.

⁴⁹⁸ *Kaesling/Knapp*, MMR 2020 (im Erscheinen).

⁴⁹⁹ Ähnlich: *Senfleben*, FIU Law Review 2020, S. 21, im Erscheinen.

⁵⁰⁰ *Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.* zu dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Justiz und Verbraucherschutz für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 22.

⁵⁰¹ Diesen Vorschlag unterbreitet *Gerpott*, MMR 2019, 420, 425.

⁵⁰² *ConPolicy*, Wege zur besseren Informiertheit, S. 57 f., abrufbar unter: https://www.conpolicy.de/data/user_upload/Studien/Bericht_ConPolicy_2018_02_Wege_zur_besseren_Informiertheit.pdf, zuletzt abgerufen am 12.10.2020.

⁵⁰³ Ähnlich für die Informationspflichten im UrhDaG: *Communia*, Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 8.

eine jährliche Transparenzberichtspflicht schiene aber ausreichend. Ein Verstoß sollte bußgeldbewehrt ausgestaltet sein.

c) Verpflichtung zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten

Gem. § 5 Abs. 1 NetzDG ist jedenfalls von sozialen Netzwerken ein dauerhaft verantwortlicher, leicht erkennbarer Ansprechpartner im Inland und Zustellungsbevollmächtigter zu benennen, um die Rechtsdurchsetzung zu erleichtern.⁵⁰⁴ § 21 UrhDaG-E greift diese Idee für das Urheberrecht auf. Für die Zustellung von Klagen, Urteilen, Beschlüssen sowie für jedes andere an Plattformen adressierte Schriftstück sollte aber ganz generell und nicht nur im Anwendungsbereich des NetzDG eine im Inland ansässige zustellungsbevollmächtigte Stelle benannt werden müssen, damit sich interaktionsmittelnde Plattformen einer möglichen Rechtsdurchsetzung in dem jeweiligen Mitgliedstaat nicht entziehen können. Diese zustellungsbevollmächtigte Person sollte im Rahmen der Designpflichten der Plattform (s. o.) leicht und unmittelbar erkennbar auf der Plattform angegeben werden, z. B. so, wie auch das Impressum erkennbar sein muss. Klagen, Abmahnungen, Urteile, Beschlüsse sowie auch jedes andere Schriftstück sollten darüber hinaus in der Sprache zugestellt werden können, die in dem Mitgliedstaat gesprochen wird, in dem die Plattform ihre interaktionsmittelnde Funktion anbietet, sie also in der Sprache des Inlandes abrufbar ist und sich damit auch an den in dem jeweiligen Mitgliedstaat ansässigen Verbraucher richtet und von ihm in Anspruch genommen werden kann.⁵⁰⁵

D. Handlungsmaximen

Nach alledem ist zu empfehlen, die der E-Commerce-RL zugrundeliegende Unterscheidung zwischen Cache-Providern, Host-Providern und Content-Providern aufzugeben und stattdessen nicht einzelne Plattformen, sondern Plattformfunktionalitäten (und zwar unterschieden nach transaktionsmittelnden Plattformfunktionalitäten, interaktionsmittelnden Plattformfunktionalitäten und informationsmittelnden Plattformfunktionalitäten) zu regulieren. Diese funktionszentrierte Plattformregulierung sollte im Rahmen eines Verkehrspflichtenkonzeptes ausgestaltet werden, das einerseits konkret normierte Verkehrspflichten enthält, andererseits aber ebenfalls eine richterrechtlich auszufüllende Generalklausel, um eine technische Fortentwicklung hinreichend erfassen zu können.

⁵⁰⁴ Kritisch: *Google*, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 24 f.

⁵⁰⁵ OLG Düsseldorf MMR 2020, 182.

Dabei sollten folgende Grundsätze gelten:

1. Ein Teil der Verkehrspflichten sollte das Eigenhandeln einer Plattform adressieren, sofern ein solches vorliegt, und hierbei zu einer umfassenden Kontrolle dieser eigenen Plattformhandlung verpflichten bzw. diese untersagen. Ein anderer Teil der Verkehrspflichten sollten sich auf die von den jeweiligen Plattformfunktionalitäten gemittelten Fremdinhalte beziehen. Diese Verkehrspflichten sollten bestimmen, welche Anstrengungen zu unternehmen sind, um eine Rechtsverletzung durch diese Fremdinhalte zu verhindern bzw. diese abzustellen. Es bietet sich insofern eine Unterteilung zwischen eigenem und fremdem Plattformhandeln an, das sich anders als im geltenden Recht nicht anhand einer wertenden, sondern anhand einer formal-kategorischen Betrachtung bestimmen sollte.
2. Die Verkehrspflichten, die sich auf gemittelte Fremdinhalte beziehen, sollten strenger ausfallen, umso näher die Plattformfunktionalität an der Rechtsverletzung „dran ist“, umso gefahrgeneigter die jeweilige Plattformfunktionalität ist sowie dann, wenn die Plattformfunktionalität kommerziell angeboten wird.
3. Für transaktionsmittelnde Plattformfunktionalitäten empfiehlt sich im Wesentlichen die Normierung und konkrete Ausgestaltung eines notice-and-negotiation-Verfahrens sowie konkreter Designpflichten, die den Nutzern unmittelbar zugängliche und leicht erkennbare Möglichkeiten der Ausübung ihrer Rechte sowie der Meldung von Inhalten geben. Auch Designpflichten für die Verwendung von Filtern sollten vorgegeben und einer staatlichen Aufsicht unterstellt werden.
4. Außergerichtliche Streitschlichtungsstellen sollten über die Einhaltung der Verkehrssicherungspflichten entscheiden können. Die Teilnahme an diesen außergerichtlichen Streitschlichtungsmechanismen sollte verpflichtend ausgestaltet sein. Ihre Entscheidungen sollten für bis zu einer Entscheidung durch staatliche Gerichte, die weiterhin möglich sein muss, für alle Parteien bindend sein.
5. Zu ergänzen ist das Verkehrspflichtenkonzept um materiell-rechtliche Gewährleistungen, insbesondere um subjektive Nutzerrechte gegen das Sperren rechtmäßiger Inhalte, Berichts- und Transparenzpflichten und die verpflichtende Benennung eines im Inland ansässigen Zustellungsbevollmächtigten.