

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

1

Band 13
2021

Vorwort

Thorsten B. Behling

Wie steht es um das Dateneigentum? Bestandsaufnahme und Ausblick im Lichte des aktuellen Rechts und gegenwärtiger EU-rechtlicher Entwicklungen

Franz Hofmann / Louisa Specht-Riemenschneider

Verantwortung von Online-Plattformen. Ein Plädoyer für ein funktionszentriertes Verkehrspflichtenkonzept

Neue Bücher

Christian Kube: Die Nutzung von Musik im politischen Wahlkampf
(*Michael Grünberger*)

Meik Thöne: Autonome Systeme und deliktische Haftung
(*Martin Sommer*)

Max Burda: Die Zweckbindung im Urhebervertragsrecht
(*Gernot Schulze*)

Anne Rappen: Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Online-Archiven gemäß §§ 48–50 UrhG (*Gunda Dreyer*)



Mohr Siebeck

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

13. Band (2021)

Zitierweise: ZGE / IPJ

Herausgegeben von Michael Grünberger, Ruth Janal, Linda Kuschel,
Karl-Nikolaus Peifer und Herbert Zech

- Prof. Dr. *Michael Grünberger*, LL.M. (NYU), Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Wirtschafts- und Technikrecht, 95440 Bayreuth, michael.gruenberger@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Ruth Janal*, LL.M., Universität Bayreuth, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht und Wirtschaftsrecht, 95440 Bayreuth, ruth.janal@uni-bayreuth.de
- Prof. Dr. *Linda Kuschel*, LL.M. (Harvard), Bucerius Law School, Juniorprofessur für Bürgerliches Recht, Immaterialgüterrecht sowie Recht und Digitalisierung, Jungiusstr. 6, 20355 Hamburg, linda.kuschel@law-school.de
- Prof. Dr. *Karl-Nikolaus Peifer* (verantwortlicher Redakteur), Universität Köln, Institut für Medienrecht und Kommunikationsrecht, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht mit Urheberrecht, Gewerblichen Rechtsschutz, Neue Medien und Wirtschaftsrecht, Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln, kpeifer@uni-koeln.de
- Prof. Dr. *Herbert Zech*, Professur für Bürgerliches Recht, Technik- und IT-Recht, Direktor des Weizenbaum-Instituts für die vernetzte Gesellschaft, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, 10099 Berlin, sekretariat.zech@rewi.hu-berlin.de

Manuskripte und redaktionelle Anfragen werden erbeten an: redaktion-zge@uni-koeln.de.

Hinweise für Autoren: Informationen zur Manuskripteinreichung, den dabei zu übertragenen und den beim Autor verbleibenden Rechten sowie formale Hinweise zur Manuskriptgestaltung finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/zge in der Rubrik „Manuskripte“.

Erscheinungsweise: Pro Jahr erscheint ein Band zu je vier Heften.

Abonnements: Informationen zu Abonnements finden Sie unter www.mohrsiebeck.com/zge in der Rubrik „Abonnement“. Bei Fragen zum Bezug der Zeitschrift wenden Sie sich bitte an journals@mohrsiebeck.com.

Onlinezugang: Im Abonnement für Institutionen und Privatpersonen ist der freie Zugang zum Online-Volltext auf der Verlagswebsite enthalten. Nähere Informationen zur Registrierung und den besonderen Anforderungen für institutionelle Nutzer finden Sie unter: www.mohrsiebeck.com/elektronische-publikationen.

© 2021 Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Tübingen. Die Zeitschrift einschließlich aller ihrer Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung. Anfragen hierzu richten Sie bitte an rights@mohrsiebeck.com.

Verlag: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Postfach 2040, 72010 Tübingen, www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com.

Anzeigenservice: Tilman Gaebler, Postfach 113, 72403 Bisingen, tilman.gaebler@t-online.de. *V.i.S.d.P.:* Kendra Mäschke, Mohr Siebeck, maeschke@mohrsiebeck.com.

Satz: Martin Fischer, Tübingen; *Druck:* Gulde Druck, Tübingen.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier.

Printed in Germany.

Dieser Ausgabe der ZGE ist ein Prospekt des Verlags C. H. Beck, München, beigelegt.

ISSN 1867-237X (Gedruckte Ausgabe) eISSN 1867-2523 (Online-Ausgabe)

Verantwortung von Online-Plattformen

Ein Plädoyer für ein funktionszentriertes Verkehrspflichtenkonzept**

Die Regulierung von Plattformen berührt nicht nur die Grundrechte von Rechtsinhabern und Plattformbetreibern, sondern auch die Meinungs- und Informationsfreiheit der inhaltsnachfragenden Nutzer. 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. Es muss 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. In diesem Spannungsfeld entwickelt der Beitrag allgemeine und besondere Verkehrspflichten, entlang derer eine künftige Plattformregulierung ausgestaltet werden sollte.

A. Akzentverschiebungen bei der Plattformhaftung	50
B. Fragestellung des Beitrags	53
C. Kennzeichen der Plattformhaftung	54
I. Plattformen als Intermediäre	54
II. Plattformfunktionalitäten	55
1. Transaktionsmittelnde Funktionen	56
2. Informationsmittelnde Funktionen	56
3. Interaktionsmittelnde Funktionen	56
4. Ausdifferenzierung der Interaktionsmittelungsfunktion	56
III. Formal kategorie-orientierte Unterscheidung zwischen Verletzer und Mittelsperson	57
D. Komplexe Interessenlage	60
I. Effektiver Rechtsschutz	60
II. Unternehmerische Freiheit	61
III. Verbraucherbedürfnisse	62

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg, die Autorin ist Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.

** Der Beitrag basiert auf einem Rechtsgutachten im Auftrag der Verbraucherzentrale Bundesverband.

E. Kritische Einführung in den europäischen Rechtsrahmen	64
I. Haftungsbegründung	64
1. Begrenzte Zahl an expliziten Haftungsnormen	64
2. Reichweite gerichtlicher Anordnungen	66
3. Harmonisierungslücken	68
4. Trend: Ausweitung der Täterhaftung	68
a) Urheberrecht	68
b) Datenschutzrecht	69
c) Lauterkeitsrecht	69
d) Markenrecht	70
II. Haftungsprivilegierungen aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL als Haftungsbegrenzung	71
1. Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen	71
2. „Good Samaritan Paradox“	72
3. Hosting	74
4. Reine Durchleitung	75
III. Verbot allgemeiner Überwachungspflichten als Haftungsbegrenzung	76
IV. Grenzen der Haftungsprivilegierungen	76
V. Unionsgrundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze als tragende Säulen der europäischen Intermediärhaftung	78
VI. Zwischenfazit	80
VII. Subjektive Nutzerrechte	82
F. Optionen der Plattformverantwortlichkeit	83
I. Ausgangslage	83
II. Option 1: Vollumfängliche Nicht-Verantwortlichkeit	84
III. Option 2: Vollumfängliche Verantwortlichkeit	84
IV. Option 3: Mittelbare Verantwortlichkeit im Falle der Verletzung von Verkehrspflichten	85
G. Funktionszentrierte Verkehrspflichten als Baustein der Vielfaltsicherung	89
I. Kodifikation von Verkehrspflichten oder richterrechtliche Ausgestaltung?	90
II. Allgemeine Parameter	90
III. Einzelne Verkehrspflichten	94
1. Allgemeine Verkehrspflichten	95
a) Ex ante-Verkehrspflichten	95
(aa) Pre-Flagging und delayed Takedown	95
(bb) „Second-Chance“-Flagging	96
(cc) Anforderungen an den Gebrauch von Filtern	96
(dd) Designpflichten	97
b) Ex post-Verkehrspflichten	99
(aa) „Notice and negotiation Verfahren“	99
(bb) Unterwerfung unter außergerichtliche Streitbeilegungsmechanismen ..	102
(cc) Begleitmaßnahme: Auskunftsanspruch	104
(dd) Befolgung der durch die zentrale Aufsichtsbehörde auferlegten Maßnahmen	105
2. Besondere Verkehrspflichten	105
a) Besondere Verkehrspflichten für die kommerzielle Mittelung von Kommunikation	105

b) Besondere Verkehrspflichten für die Mittelung kommerzieller Kommunikation	107
H. Materiell-rechtliche Gewährleistungen als Baustein der Vielfaltsicherung auf Plattformen	108
I. Subjektive Nutzerrechte	108
II. Transparenz- und Berichtspflichten	110
III. Verpflichtung zur Benennung eines Zustellungsbevollmächtigten	111
I. Fazit	111

A. 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) ist im weiten Feld der „Plattformregulierung“ nach wie vor nicht befriedigend geklärt. Während die maßgeblichen Rechtsakte in der Frühphase des kommerziellen Internets verabschiedet wurden,² spielen im heutigen Internet marktmächtige, international agierende Plattformen eine zentrale Rolle („Plattformökonomie“).³ Als Intermediäre vermitteln Plattformen wie *Amazon*, *YouTube* oder auch *Jameda* Zugang zu Informationen, erlauben Transaktionen⁴ und ermöglichen weitreichende Interaktionen.⁵ Plattformen erweisen sich dabei als Fluch und Segen zugleich.⁶ Einerseits eröffnen sie Zutritt zu einer Fülle von Inhalten unterschiedlichster Art und schaffen weitreichende Partizipationsmöglichkeiten für Nutzer.⁷ Sie sind die Makler für eine neue bunte Welt. Andererseits schaffen diese Intermediäre die Voraussetzungen für 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

1 *Angela Merkel* auf einer Pressekonferenz mit Barack Obama in Berlin am 19.6.2013.

2 Insbesondere die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (E-Commerce-RL) aus dem Jahr 2000.

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

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

5 *Specht-Riemenschneider*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmitteler Plattformfunktionalitäten, https://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/SVRV_Stellungnahme_Regulierung_Plattformfunktionalit%C3%A4ten.pdf, alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 14.1.2021; vgl. *Engert*, AcP 218 (2018), 304, 307 ff., 310 ff. (marktfördernde Plattformen, Informationsplattformen).

6 *Ohly*, ZUM 2015, 308.

7 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird das generische Maskulinum verwendet. Weibliche und anderweitige Geschlechteridentitäten sind dabei ausdrücklich mitgemeint.

Zugangs- und Mitwirkungsmöglichkeiten geschaffen werden, droht zugleich Manipulation und Beeinflussung.⁸

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. Vor allem die Entwicklungen im Bereich künstlicher Intelligenz lassen erwarten, dass sich dieser Wandel fortsetzt, wenn nicht gar verschärft. Hinzu kommt ein komplexes Interessengeflecht.

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.⁹ Die Entwicklung des elektronischen Geschäftsverkehrs in der Informationsgesellschaft sollte ausweislich von Erwägungsgrund 2 der E-Commerce-RL¹⁰ erhebliche Beschäftigungsmöglichkeiten in der Gemeinschaft, insbesondere in kleinen und mittleren Unternehmen, hervorbringen. Über die rechtsgebietsübergreifend gültigen Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-RL sollte gewährleistet werden, dass sich junge Unternehmen mit neuen Geschäftsmodellen im Binnenmarkt etablieren können.¹¹ 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-RL¹² sowie der InfoSoc-RL¹³ 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. Erinnert sei an die Debatte um ein Anti-Counterfeiting Trade Agreement

⁸ Wagner/Eidenmüller, ZfPW 2019, 220.

⁹ Vgl. Ohly, ZUM 2015, 308, 310, 313.

¹⁰ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (E-Commerce-RL).

¹¹ Vgl. F. Hofmann, GRUR 2018, 21, 27 f.

¹² Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (Enforcement-RL).

¹³ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (InfoSoc-RL).

(ACTA) zur Bekämpfung von Produktpiraterie.¹⁴ Diese Entwicklung gipfelte mit Blick auf das Urheberrecht in der „value gap“-Diskussion, wonach Urheberrechtsinhaber zu wenig an den über Plattformen mit urheberrechtlich geschütztem Content erwirtschafteten Erlösen beteiligt würden.¹⁵ Im nationalen Recht sind Rechtsakte wie das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)¹⁶ 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-Inhalte¹⁷ und die Reform der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste¹⁸ zu nennen.¹⁹ 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 Plattformbetreiber 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 gelöscht werden.²⁰ 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.²¹ Die Überlegungen reichen beispielsweise von

¹⁴ Vgl. Stieper, GRUR Int. 2011, 124.

¹⁵ Leistner/Metzger, IIC 2017, 381; kritisch Wimmers/Barudi, GRUR 2017, 327; Nolte, ZUM 2017, 304; zur Debatte F. Hofmann, GRUR 2018, 21, 27 ff.

¹⁶ BGBl. I, 2017, S. 3352.

¹⁷ COM (2018) 640 final; s. a. Art. 25 RL 2011/93/EU („Maßnahmen gegen Websites, die Kinderpornografie enthalten oder verbreiten“); zu „soft law“ u. a. COM (2018) 1177 final, COM (2017) 555 final, EU code of conduct on countering illegal hate speech online, 2016 (https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en).

¹⁸ Durch die Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten.

¹⁹ Art. 28b n. F. Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste.

²⁰ 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.

²¹ Unter anderen Specht, ZUM 2017, 114; F. Hofmann, ZUM 2017, 102.

put back-Ansprüchen²² über die Etablierung von Nutzerrechten²³ bis zu einer weitergehenden staatlichen Überwachung der plattforminternen Lösch- und Sperrverfahren.²⁴ Höhepunkt ist insoweit Art. 17 DSM-RL²⁵, der (was in der Kritik vielfach untergeht) erstmalig jedenfalls in unionskonformer Auslegung²⁶ weitreichende Nutzerrechte und verfahrensrechtliche Absicherungen derselben garantiert.²⁷ Diese Regelung bezieht sich indes nur auf Urheber- und Leistungsschutzrechte, könnte aber punktuell als positive Blaupause für die Gewährleistung von Nutzerrechten dienen.²⁸

Der europäische Gesetzgeber plant nun mit dem Digital Service Act (DSA) eine grundlegende Neuordnung der Plattformhaftung.²⁹ Im Mittelpunkt steht ein Update der E-Commerce-RL.

B. Fragestellung des Beitrags

Vor diesem Hintergrund untersucht der Aufsatz, wie ein privatrechtliches Haftungssystem von Online-Plattformen für vermittelte Inhalte ausgestaltet sein muss, sodass allen voran das Interesse der Verbraucher an Inhaltsvielfalt im Internet (genauer: auf den regulierten Plattformen) bestmöglich gewahrt wird. Diskutiert wird dabei ausschließlich die Frage der Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber 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 Plattformbetreiberverhalten ist Kennzeichen der Plattform- oder Intermediärhaftung. Weitergehender Regulierungsbedarf einschließlich der Durchbrechung von Filterblasen oder Möglichkeiten zur Eindämmung von Desinformationskampagnen in sozialen Netzwerken bleibt ausgeklammert.³⁰ Bei der Neuaus-

²² Raue, JZ 2018, 961.

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

²⁴ Vgl. Wagner, GRUR 2020, 447, 452 ff.

²⁵ Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (DSM-RL).

²⁶ F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 622; ders., GRUR 2019, 1219, 1227; Specht-Riemenschneider (Fn. 5), S. 41; dies. (Fn. 23), S. 85.

²⁷ 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.

²⁸ Wagner, GRUR 2020, 447, 451.

²⁹ COM (2020) 825 final.

³⁰ Zuletzt Podszun (Fn. 3), F 60 ff.; zur Manipulation von Präferenzen, Ausnutzung von Verhaltensanomalien und der Abschöpfung von Konsumentenrenten Wagner/Eidenmüller, ZfPW

richtung der Plattformhaftung wird es darauf ankommen, nicht auf die Plattformen insgesamt, sondern besser auf die von ihnen ausgeübten, unterschiedlichen Funktionen zu blicken.³¹ Denn sie sind es, die jeweils ganz unterschiedliche Rechtsfragen und Regelungsbedürfnisse auslösen.³² Die bisherige Unterteilung von Plattformen in Zugangsvermittler, Caching- und Hosting-Plattformen scheint dagegen überkommen. Während es dogmatisch entscheidend darauf ankommt, welche Verkehrspflichten Plattformen zu erfüllen haben, sind diese auf Basis einer funktionszentrierten Regulierung im Lichte der Vielfaltsicherung zu designen.

C. Kennzeichen der Plattformhaftung

I. Plattformen als Intermediäre

Um die rechtlichen Rahmenbedingungen der privatrechtlichen Plattformhaftung sachgerecht auszubuchstabieren, bedarf es zunächst der Klarheit über die Charakteristika der Plattformhaftung.³³ Im Grundsatz gilt schließlich: Jeder hat die rechtlichen Konsequenzen für sein eigenes Handeln zu tragen.³⁴ 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. Folglich sind Content-Provider, die Inhalte selbst auswählen und entsprechend komplett kontrollieren (z. B. Spotify), ausnahmslos für den Inhalt des Portals verantwortlich (§ 7 Abs. 1 TMG).

Auch wenn nicht ausgeschlossen ist, dass Plattformen eigene Inhalte bereithalten können, unterscheiden sie sich von reinen Content-Providern, soweit sie „fremde Inhalte“ mitteln.³⁵ Denn diese von ihnen vermittelten Inhalte werden von Nutzern hochgeladen oder sind – wie beispielsweise bei Suchmaschinen – vom Verhalten Dritter abhängig. Der Inhalt entzieht sich 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 Plattform-

2019, 220; 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.

31 Specht-Riemenschneider (Fn. 23), S. 20 f.; vgl. Frey, ZUM 2019, 40, 44.

32 Specht-Riemenschneider (Fn. 23), S. 20 f.

33 Vgl. F. Hofmann, ZUM 2020, 665, 666; Ohly, JZ 2019, 251; Specht, ZUM 2017, 114, 115.

34 Wagner, GRUR 2020, 447, 448.

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

gedanken.³⁶ Statt zentraler Kontrolle 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.³⁷ Auch wenn auf den ersten Blick Plattformen „zunehmend selbst wie strukturierte Inheldanbieter auftreten“,³⁸ 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.³⁹ Die faktisch (und konsequenterweise auch rechtlich) begrenzte Verantwortlichkeit der Plattformen für vermittelte Inhalte ist das Spezifikum der hier untersuchten Plattformhaftung.⁴⁰

II. Plattformfunktionalitäten

Es lässt sich weiter differenzieren: Bei 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.⁴¹ Beispielsweise verwiesen sei auf die Möglichkeit, über das soziale Netzwerk Facebook einerseits Inhalte von anderen Nutzern zu betrachten und mit diesen Nutzern z. B. 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

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

37 Vgl. Wagner, GRUR 2020, 329, 447.

38 Leistner, ZUM 2016, 580, 583.

39 Buiten/de Streef/Peitz, Rethinking Liability Rules for Online Hosting Platforms, S. 6, 14, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3350693.

40 Vgl. Podszun (Fn. 3), F 45 f.

41 Vgl. auch Specht-Riemenschneider (Fn. 5), S. 11.

sollten daher anknüpfend an diese verschiedenen und zu abstrahierenden Funktionen gesetzlich normiert werden. Die einzelnen zu unterscheidenden Funktionen lassen sich wie folgt erläutern:

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. Ausdifferenzierung der Interaktionsmittlungsfunktion

Bei der in diesem Beitrag 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 Kom-

munikation. 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,⁴² andererseits aber auch den ökonomischen Gedanken berücksichtigen, 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.⁴³ Die jeweils an die Ausdifferenzierung der Interaktionsplattform knüpfenden Verkehrspflichten sollen an späterer Stelle genauer beschrieben sein.

III. Formal kategorie-orientierte Unterscheidung zwischen Verletzer und Mittelsperson

Möglich ist weiter eine Unterscheidung in Plattformfunktionalitäten, welche die Plattform selbst ausfüllt (einseitige Plattformfunktionalität) und solche Funktionen, in denen sie lediglich eine Mittlerrolle einnimmt (mehrseitige Plattformfunktionalität).⁴⁴ 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 Inhaltsvermittlung (vgl. Art. 11 Durchsetzungsrichtlinie).⁴⁵ Diese formale Unterscheidung liegt auch dem Urteil in der Rechtssache L'Oréal/eBay zugrunde.⁴⁶ Sie wird zumindest in der

⁴² So erstmals EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 47 ff. – GS Media; EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 46 – Stichting Brein/Ziggo ua [The Pirate Bay].

⁴³ Bereits *Specht*, ZUM 2017, 114, 120.

⁴⁴ *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, GRUR-Prax 2017, 269.

⁴⁵ Berichtigung der Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

⁴⁶ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 102 ff. – L'Oréal/eBay.

deutschen Rechtsprechung derzeit anhand einer wertenden Gesamtbetrachtung getroffen. Es kommt darauf an, ob der Plattformbetreiber für die Inhalte in erkennbarer Weise aus der Sicht eines Dritten die Verantwortung übernimmt.⁴⁷ Der EuGH unterscheidet, ob die Plattform selbst die täterschaftliche Handlung vornimmt oder als Mittler von Leistungen auftritt, und dabei entweder eine aktive 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.⁴⁸ Eine aktive Rolle soll insbesondere dann vorliegen, wenn der Plattformbetreiber die Präsentation in Rede stehender Verkaufsangebote optimiert oder diese bewirbt.⁴⁹ Auch hier kommt es also im Ergebnis zu einer wertenden Gesamtbetrachtung. Im Urheberrecht wurde diese formale Unterscheidung zwischen Inhaltsanbieter (potentiellem 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“.⁵⁰

Eine wertende Gesamtbetrachtung will insbesondere dem Umstand Rechnung tragen, dass durch Aufbereitung der Plattformangebote eine Kenntnis der Inhalte erfolgen kann, was in der Konsequenz zu einer Nichtanwendbarkeit des Host-Provider-Privilegs nach Art. 14 E-Commerce-RL führt.⁵¹ 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, und die Mittelung von Inhalten, also der Intermediärsfunktionalität.⁵² Auch eine automatisierte Vorabprüfung von Inhalten sollte eine aktive Rolle der Plattformbetreiber nicht begründen, um eine falsche Anreizsetzung zu vermeiden,⁵³ ebenso wenig die automatisierte Anordnung und Bewerbung von Inhalten.⁵⁴ Nur eine eigenmächtige Änderung von Inhalten führt auch bei formaler Abgrenzung zwischen eigenen und fremden

47 BGH GRUR 2018, 642 – Internetforum.

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

49 EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 116 – L'Oréal/eBay.

50 EuGH GRUR 2017, 790 – Stichting Brein/Ziggo u. a. [The Pirate Bay].

51 EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 123 – L'Oréal/eBay.

52 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, seien sie als solche zu behandeln, wäre nach diesem streng formal kategorie-orientierten Ansatz nicht zu folgen.

53 So auch Saugmandsgaard, Schlussanträge v. 16.07.2020, verbundene Rs. C-682/18 und C-683/18 Rn. 78.

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

Inhalten dazu, dass die Plattform den Inhalt selbst anbietet.⁵⁵ 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.

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,
- Angebot und Verkauf eigener Produkte/eigener Leistungen,
- Berechnung einer Gesamtbewertung aus den von Nutzern abgegebenen Einzelbewertungen.⁵⁶

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 die Rechtsverletzung heranrückt.⁵⁷ Auch bei der Verantwortlichkeit für eigene Inhalte steht letztlich die Verletzung einer Verkehrspflicht im Raum.⁵⁸ 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

⁵⁵ BGH GRUR 2017, 844 – klinikbewertungen.de.

⁵⁶ 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 berechnet wird, sondern von den abgegebenen Bewertungen nur diejenigen berücksichtigt sind, die die Plattform für vertrauenswürdig und nützlich hält. Für den unvoreingenommenen und verständigen Nutzer der 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.

⁵⁷ Vgl. F. Hofmann, JZ 2018, 746, 750.

⁵⁸ Vgl. Wagner, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 22.

Verkehrspflichten beziehen sich daher ausschließlich auf die Mittelungsfunktion der Plattform.

D. Komplexe Interessenlage

Anders als in der analogen Welt sind im Kontext der Plattformökonomie Mehrpersonenverhältnisse die Regel.⁵⁹ Im Dreiecksverhältnis zwischen Plattformen, Nutzern und Dritten, deren Rechte durch plattformvermittelte Inhalte verletzt werden können,⁶⁰ 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 Inhaltsmitteilung zu werfen. Die Komplexität ergibt sich daraus, dass die in Rede stehenden Interaktionen etc. mehrere Personen mit unterschiedlichen Interessen berühren. Ob die jeweiligen Interessen auch als rechtlich schutzwürdig anzuerkennen sind, ist eine andere Frage.

I. 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. Neben Mitbewerbern haben vor allem auch Verbraucher ein Interesse daran, dass die Regeln des lauter 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. Neben den Regeln des Wettbewerbs beanspruchen im Internet auch im Allgemeininteresse bestehende Strafnormen (z. B. § 130 StGB, Volksverhetzung) Geltungskraft. Speziell das Interesse an effektivem Rechtsschutz verlangt, dass sich Betroffene nicht nur an den mitunter praktisch ohnehin nicht ermittelbaren unmittelbaren Rechtsverletzer wenden können,⁶¹ sondern Abhilfe unkompliziert vor allem auch von den Plattformbetreibern einfordern können. Diese vermitteln schließlich die Rechtsverletzung und treten dem Nutzer als maßgeblicher Akteur gegenüber. Insoweit ist auch das Allgemeininteresse am Vertrauen in die Effektivität des Rechtsstaates betroffen, zumal allein eine behördliche Rechts-

⁵⁹ 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.“).

⁶⁰ Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329, 335 f.

⁶¹ Rechtsverletzer agieren vielfach anonym oder aus dem Ausland heraus, wo jedenfalls die Zwangsvollstreckung faktisch scheitert, vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329, 337.

verfolgung 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?

II. 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. So können namentlich Aufwendungen für „Filtertechnologien“ speziell kleinere Intermediäre überfordern.⁶² Dass der jeweilige Markt nicht nur von wenigen Akteuren beherrscht wird, ist wiederum zugleich im Allgemeininteresse. Das Recht muss sicherstellen, dass effektiver Wettbewerb herrscht. Für die Vielfaltsicherung ist letztlich auch entscheidend, dass kleinere Plattformen nicht durch zu weitreichende Verpflichtungen am Markteintritt gehindert werden.⁶³ Plattformen auferlegte „Hilfeleistungspflichten“ (Überwachungs-, Filterpflichten etc.) verursachen aber Kosten. Plattformen haben ein Interesse, diese Aufwendungen möglichst gering zu halten. Gleichzeitig drohen der Plattform Haftungskosten, sofern einer Rechtsverletzung nicht im von der Rechtsordnung geforderten 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.⁶⁴ Anreize zum Overblocking sind mittlerweile auch empirisch untersucht.⁶⁵ 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. Das ist aber nur dann als Argument tragfähig, wenn ausreichende Wechselangebote am Markt verfügbar sind.

⁶² Zu übermäßigen Filterpflichten als Marktzutrittsbarriere *Dreier/Leistner*, GRUR 2013, 881, 895.

⁶³ *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1226 f.; *Buiten/de Streel/Peitz* (Fn. 39), S. 16.

⁶⁴ *Wagner*, GRUR 2020, 329, 336.

⁶⁵ *Fiala/Husovec*, Using Experimental Evidence to Design Optimal Notice and Takedown Process, TILEC Discussion Paper No. 2018–028, 2018, S. 17 f.

III. 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 (trotz deren mitunter gegebenen Attraktivität) 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.⁶⁶ Idealerweise ist das Recht von vornherein so „konfiguriert“, dass es zu derartigen Fehlentscheidungen erst gar nicht kommt. Speziell mit Blick auf Interaktionsfunktionen wollen Verbraucher zugleich aber auch nicht mit (bestimmtem) rechtswidrigen Content berührt werden, allen voran in Form von Kinderpornographie.

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

⁶⁶ Vgl. Wagner, GRUR 2020, 447, 453.

die vom Gesetzgeber vorgenommene Bewertung, ob eine bestimmte Internetaktivität erlaubt oder verboten ist, rechtspolitisch? Namentlich im Urheberrecht erweist sich Kritik an der Intermediärhaftung (als Rechtsdurchsetzungsinstrument) vielfach als Kritik an einem womöglich punktuell überschießenden Urheberrecht.⁶⁷ Die interessengerechte Ausgestaltung des materiellen Urheber-, Wettbewerbs-, oder Datenschutzrechts etc. ist aber der Intermediärhaftung vorgelagert. Soweit nämlich bestimmte Handlungen von der Rechtsordnung als rechtswidrig eingestuft werden, haftet neben dem unmittelbaren Rechtsverletzer nach einem konkreten Hinweis auf die Rechtsverletzung regelmäßig auch der Plattformbetreiber. 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.⁶⁸ Die Plattformhaftung ist Rechtsdurchsetzungsinstrument.⁶⁹ Salopp formuliert: Was bei der interessengerechten Ausgestaltung der spezifischen Rechtsbereiche (Wettbewerbsrecht, Datenschutzrecht, Immaterialgüterrecht etc.) je nach rechtspolischem Vorverständnis versäumt wurde, kann über die Plattformhaftung kaum mehr „gerettet werden“.

Aus Nutzersicht soll schließlich Partizipation so einfach wie möglich sein und nicht durch Registrierungspflichten etc. erschwert werden.⁷⁰ 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 nötig erachtet gegebenenfalls teilweise geschwärzt –

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

68 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, zum Entwurf eines Urheberrechtsdiensteanbietergesetz (UrDaG-E) F. Hofmann, ZUM 2020, 665, 669.

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

70 Vgl. auch EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 142 – L'Oréal/eBay.

zu übermitteln.“⁷¹ 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.⁷² 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.

E. Kritische Einführung in den europäischen Rechtsrahmen

Die europäische Rechtsordnung bildet die komplexe Interessenlage im Rahmen der Plattformhaftung lediglich rudimentär ab.⁷³ Im Folgenden sollen die tragenden Säulen der europäischen Intermediärhaftung kurz kritisch skizziert werden. Vor allem der EuGH hat dabei die Rolle eines Ersatzgesetzgebers.⁷⁴

I. Haftungsbegründung

1. Begrenzte Zahl an expliziten Haftungsnormen

Explizite Haftungsnormen finden sich nur in ausgewählten Rechtsgebieten. Allen voran ist eine umfassende Harmonisierung der Beteiligtenhaftung nicht gegeben.⁷⁵ Im Lichte dieses Desiderats hat die Rechtsprechung insbesondere im Urheberrecht versucht, durch eine extensive Auslegung der Verletzungstatbestände typische Beteiligungshandlungen in das Recht der öffentlichen Wiedergabe zu integrieren.⁷⁶ Zunächst sind aber die einschlägigen „Anspruchs-

⁷¹ BGH GRUR 2016, 855 Rn. 43 – jameda.de.

⁷² BGH GRUR 2012, 311 Rn. 27 – Blog-Eintrag.

⁷³ 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 (Fn. 17).

⁷⁴ Vgl. Leistner, GRUR 2017, 755.

⁷⁵ Frey, ZUM 2019, 40, 41; Jaworski/J. B. Nordemann, GRUR 2017, 567, 571 f.

⁷⁶ F. Hofmann, EuZW 2018, 517, 518 f.; ders., ZUM 2017, 750, 752; Ohly, ZUM 2017, 793; Jaworski/J. B. Nordemann, GRUR 2017, 567, 571 f.; 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

grundlagen“⁷⁷ gegenüber Intermediären vorzustellen. Während insbesondere für die Verletzung von Persönlichkeitsrechten (in sozialen Netzwerken) auch aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL eine Haftungsbegründung nicht abgeleitet werden kann,⁷⁸ sind die Vorgaben zur Rechtsdurchsetzung im europäischen Lauterkeitsrecht vage (Art. 11, 13 UGP-RL).⁷⁹ Insbesondere gibt es keine spezifischen Vorgaben für die Haftung der Intermediäre. In der Literatur wird daher zum Teil vertreten, den Rechtsgedanken aus Art. 11 S. 3 Enforcement-RL entsprechend heranzuziehen.⁸⁰ Die Plattformhaftung ist schließlich ein Problem der Rechtsdurchsetzung; es handelt sich um eine Frage der Passivlegitimation.⁸¹ Die Gegenansicht will die vermittels „wettbewerbsrechtlicher Verkehrspflichten“ abgebildete Haftung von Plattformen für Wettbewerbsverstöße⁸² aus der lauterkeitsrechtlichen Generalklausel ableiten. Art. 5 Abs. 2 UGP-RL („berufliche Sorgfalt“) wäre folglich die unionsrechtliche Grundlage für die Plattformhaftung.⁸³ Letzteres entspricht dem insbesondere im Urheberrecht zu beobachtendem Trend, die Täterhaftung auf typische Beteiligtenhandlungen auszuweiten. Allerdings bedarf es auch hier Korrektiven, da wegen der besonderen Rolle der Intermediäre eine unbedingte Haftung nicht interessengerecht ist.

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

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.

77 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*, WRP 2020, Editorial Heft 1; *ders.*, GPR 2017, 176; s.a. sowohl zum Anspruchs- als auch dem „remedy-System“ *F. Hofmann*, Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, 2017, § 1 ff.; *ders.*, JuS 2018, 833 ff.

78 EuGH MMR 2016, 63 Rn. 53 – Papasavvas; Verweis auf Art. 18 E-Commerce-RL bei EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 26 – Eva Glawischnig-Piesczek / Facebook; vgl. auch Erwägungsgrund 52 E-Commerce-RL.

79 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, UGP-RL).

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

81 *F. Hofmann*, JuS 2017, 713, 714.

82 BGH GRUR 2007, 890 – Jugendgefährdende Medien.

83 *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]“).

Enforcement-RL stellen die Mitgliedstaaten unbeschadet des Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL sicher, dass die Rechtsinhaber eine Anordnung gegen Mittelpersonen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden. Eine ähnliche Formulierung findet sich in Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL. Es handelt sich dabei nach verbreiteter Lesart um „Hilfeleistungspflichten“.⁸⁴ 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.⁸⁵ Das deutsche Recht spiegelt diese Vorgaben (bisher)⁸⁶ vor allem im Rahmen einer richtlinienkonform interpretierten Störerhaftung.⁸⁷ Einem (1) haftungsbegründenden kausalen Moment steht dabei (2) eine haftungsbegrenzende Zumutbarkeitsprüfung gegenüber.⁸⁸

2. 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 Internetzugangsprovidern,⁸⁹ Internetmarktplätzen,⁹⁰ herkömmlichen Marktplatzbetreibern⁹¹ oder sozialen Netzwerken⁹² 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.⁹³ Intermediären

⁸⁴ J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 979, 981; F. Hofmann, GRUR 2015, 123, 127; Frey, ZUM 2019, 40, 45.

⁸⁵ Vgl. EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 131 – L'Oréal/eBay.

⁸⁶ Vgl. Ohly, JZ 2019, 253, 255; Spindler, NJW 2017, 2305.

⁸⁷ BGH GRUR 2018, 1044 Rn. 15 – Dead Island; BGH GRUR 2016, 268 Rn. 22 – Störerhaftung des Access-Providers; zur Störerhaftung F. Hofmann, JuS 2017, 713; Czychowski/J. B. Nordemann, GRUR 2013, 986, 989 f.; Leistner, ZUM 2012, 722, 724 f.; Ohly, ZUM 2015, 308, 311 f.

⁸⁸ F. Hofmann, ZfWG 2016, 304, 305.

⁸⁹ EuGH GRUR 2014, 468 – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 98 – McFadden/Sony Music.

⁹⁰ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 125 ff. – L'Oréal/eBay.

⁹¹ EuGH GRUR 2016, 1062 Rn. 21 ff. – Tommy Hilfiger.

⁹² EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 28 – SABAM/Netlog.

⁹³ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 127 ff., 131, 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; 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 – Jugend-

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.⁹⁴

Dies gilt auch für „Hatespeech“: Steht ein derartiger, rechtswidriger Nutzerinhalt bei einem sozialen Netzwerk in Streit, kann ein nationales Gericht vom Plattformbetreiber 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.“⁹⁵ Auch „sinngleiche Inhalte“ gegenüber Inhalten, die zuvor für rechtswidrig erklärt worden sind, sind – im Lichte von Art. 18 E-Commerce-RL – von der „stay-down“-Verpflichtung aus Gründen effektiven Rechtsschutzes umfasst. Sinngleiche Inhalte („sinngleiche Informationen“) stellen dabei auf Informationen ab, die eine Aussage vermitteln, deren Inhalt im Wesentlichen unverändert bleibt und daher sehr wenig von dem Inhalt abweicht, der zur Feststellung der Rechtswidrigkeit des Ausgangsinhaltes geführt hat.⁹⁶

Aus praktischer Sicht lauert hier insbesondere die Gefahr eines „Overblockings“.⁹⁷ 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.⁹⁸ 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.⁹⁹

gefährdende Medien; dahinter steht die Kerntheorie aus dem Zwangsvollstreckungsrecht, vgl. Spindler, NJW 2019, 3274.

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

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

96 EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 39, 41 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook.

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

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

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

3. Harmonisierungslücken

Die konkrete Ausgestaltung dieser jenseits der Täterhaftung angesiedelten Verantwortlichkeit von „innocent parties“¹⁰⁰ obliegt den Mitgliedstaaten.¹⁰¹ Nach Erwägungsgrund 23 S. 2 Enforcement-RL sollen „Voraussetzungen und Verfahren für derartige Anordnungen“ Gegenstand der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bleiben.¹⁰² Hier besteht eine gewichtige Harmonisierungslücke. Folglich ist beispielsweise nach wie vor unklar, wie weit die Verpflichtung zu vorbeugenden Maßnahmen reicht,¹⁰³ auch wenn die eben referierte „Facebook-Entscheidung“ mit Blick auf „Hatespeech“ zumindest etwas mehr Licht ins Dunkel gebracht hat.¹⁰⁴

4. Trend: Ausweitung der Täterhaftung

a) Urheberrecht

Nicht zuletzt mangels Harmonisierung der Beteiligtenhaftung hat der EuGH wie schon angedeutet 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.¹⁰⁵ Das Verwertungsrecht aus Art. 3 InfoSoc-RL hat der EuGH zunehmend breit interpretiert und auf diese Weise die Intermediärhaftung in den eigentlichen Verletzungstatbestand integriert.¹⁰⁶ Auch „mittelbare Wiedergabehandlungen“ sind erfasst.¹⁰⁷ Damit schuldet der Plattformbetreiber anders als bei der Störerhaftung¹⁰⁸ potenziell zugleich Schadensersatz.¹⁰⁹ Gleichzeitig hat der EuGH dem objektiven Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe eine subjektive Komponente eingewoben. Gerade in „Beteiligtenfällen“ spielt das weitere Kriterium¹¹⁰ der „zentrale[n] Rolle des Nutzers und der Vorsätzlichkeit seines Handelns“¹¹¹ eine tragende Rolle. Auf

100 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.

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

102 Ähnlich Erwägungsgrund 59 InfoSoc-RL.

103 J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 980.

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

105 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.

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

107 *Ohly*, GRUR 2018, 996.

108 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.

109 *Frey*, ZUM 2019, 40, 42.

110 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 34 – GS Media.

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

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, zumal insoweit wiederum auch die indirekt berührten Verbraucherbelange zu berücksichtigen sind.¹¹² Ein privater Linksetzer, der nicht weiß, dass er auf einen rechtswidrigen Inhalt verlinkt, haftet auf diese Weise beispielsweise nicht.¹¹³ Durch ein Inkennntnissetzen aber hat der Plattformbetreiber volle Kenntnis der Folgen seines Verhaltens, was die täterschaftliche Verwirklichung einer öffentlichen Wiedergabe begründet.¹¹⁴

b) Datenschutzrecht

Auch das materielle Datenschutzrecht erfasst vielfach zugleich die Tätigkeit von Intermediären.¹¹⁵ Ein Suchmaschinenbetreiber beispielsweise kann selbst als „Verantwortlicher“ i. S. v. Art. 2 lit. d Datenschutzrichtlinie (RL 95/46) anzusehen sein.¹¹⁶ Für auf Facebook unterhaltene „Fanpages“ ist datenschutzrechtlich nicht nur Facebook primär verantwortlich, sondern auch der Betreiber der „Fanpage“.¹¹⁷ 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.¹¹⁸ 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) Lauterkeitsrecht

Auch im Lauterkeitsrecht ist die „mittelbare Verantwortlichkeit“ als täterschaftliche Haftung ausgestaltet.¹¹⁹ 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 Wett-

112 Vgl. z. B. EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – GS Media.

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

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

115 Vgl. Hacker, MMR 2018, 779.

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

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

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

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

bewerbshandlung.¹²⁰ Dogmatisch wird dies von der Rechtsprechung auf die Generalklausel des § 3 UWG gestützt.¹²¹ Der (mittelbare) Rechtsverletzer nimmt also in der Interpretation des I. Zivilsenats selbst eine unlautere geschäftliche Handlung vor. Allerdings ist die Haftung über den Umfang der wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten begrenzt.¹²² 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 unterläuft. Über die Konfiguration der Pflichten kann die spezifische Rolle des Intermediärs interessengerecht abgebildet werden.¹²³

Die 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.

d) 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 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.¹²⁴ Auch ein Referenzierungsdienst ist mangels eigener Benutzung eines markenrechtlich geschützten Zeichens nicht Täter einer Markenverletzung, wenn er zulässt, dass seine Kunden Zeichen be-

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

121 BGH GRUR 2015, 1025 Rn. 23 – TV-Wartezimmer; BGH GRUR 2014, 883 Rn. 22 – Geschäftsführerhaftung; BGH GRUR 2007, 890 Rn. 16, 21f., 36 – Jugendgefährdende Medien; die Haftung basiert letztlich auf der Verwirklichung eines selbständigen Gefährdungstatbestandes, vgl. *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1, 3f., 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.

122 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.

123 Vgl. BGH GRUR 2007, 890 Rn. 38 – Jugendgefährdende Medien.

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

nutzen, die mit Marken identisch oder ihnen ähnlich sind.¹²⁵ Insoweit schuldet der Plattformbetreiber keine *ex ante*-Maßnahme. Ob bei bestimmten Plattformfunktionalitäten dessen ungeachtet bereits im Vorfeld Verkehrspflichten denkbar sind, wird im zweiten Teil näher untersucht.

II. Haftungsprivilegierungen aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL als Haftungsbegrenzung

1. Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen

Art. 12 ff. E-Commerce-RL gewähren Haftungsprivilegierungen für die Zugangsvermittlung, das Caching und Hostprovider („safe harbour“-Bestimmungen). Begünstigt sind Dienste der Informationsgesellschaft.¹²⁶ Erfasst ist ein breites, im Einzelfall aber nicht immer klar klassifizierbares Spektrum von Online-Akteuren,¹²⁷ beispielsweise ein Internetdienst, der darin besteht, den Kontakt zwischen Verkäufern und Käufern von Gegenständen zu erleichtern.¹²⁸ 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 typischerweise indirekt über die Plattformbetreiber treffende Verkehrspflichten berücksichtigt.¹²⁹

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.¹³⁰ 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 eine Kenntnis dieser Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte.¹³¹ Die Anbieter dürfen weder

¹²⁵ EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 56 – Google und Google France.

¹²⁶ 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.

¹²⁷ *Madiega*, Reform der EU-Haftungsregelung für Online-Vermittler. Hintergrund zum bevorstehenden Gesetz über digitale Dienste, 2020, S. 1 f., 5 ff., 17, [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).

¹²⁸ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 109 – L'Oréal/eBay.

¹²⁹ *Ohly*, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, F 99.

¹³⁰ 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“).

¹³¹ EuGH MMR 2016, 63 Rn. 40 f. – Papasavvas; EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 112 f. – L'Oréal/eBay; EuGH GRUR 2010, 445 Rn. 114 – Google und Google France.

Kenntnis noch Kontrolle über die von den Personen, an die sie ihre Dienste erbringen, weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzen.¹³²

Wie dies im Einzelfall zu verstehen ist, obliegt der Beurteilung durch die nationalen Gerichte.¹³³ Dies sorgt für Rechtsunsicherheit, auch wenn der EuGH Leitlinien vorgibt, beispielsweise für einen Online-Marktplatz,¹³⁴ einen Referenzierungsdienst¹³⁵ oder einen Dienst der Vermietung und Registrierung von IP-Adressen, der es seinen Kunden ermöglicht, Domain-Namen und Websites anonym zu verwenden.¹³⁶

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, darf nach dem EuGH nicht dazu führen, dass die Haftungsprivilegierungen keine Anwendung finden.¹³⁷ Eine aktive Rolle wäre demgegenüber zu bejahen, wenn ein Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft es seinen Kunden ermöglicht, ihre Tätigkeit des Online-Verkaufs zu optimieren.¹³⁸

2. „Good Samaritan Paradox“

Aus Sicht der Plattformen können sich 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,¹³⁹ 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, dass sich der Betreiber (freiwillig) bemüht, Rechtsregeln einschließlich der Nutzungsbedingungen durchzusetzen.¹⁴⁰ Im deutschen Recht wird dies auf Basis der Abgrenzung eigener Inhalte, fremder

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

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

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

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

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

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

138 EuGH GRUR 2018, 921 Rn. 48 – SNB-REACT/Deepak Mehta; EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 115 f. – L'Oréal/eBay.

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

140 (COM) 2017 555 final, S. 10 f.

Inhalte und zu eigen gemachter Inhalte nach der Rechtsprechung so gehandhabt.¹⁴¹

Diesem sogenannten „good samaritan“-Ansatz¹⁴² würde im Übrigen dadurch Rechnung getragen, dass – 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. Vor allem wenn sich die Abgrenzung rein formal durchführen lässt, also keine weitergehende wertende Betrachtung vorzunehmen ist, kann dies für Klarheit sorgen: Die Implementierung derartiger (freiwilliger) Kontrollmaßnahmen entbindet selbstverständlich nicht von den allgemeinen Haftungsregeln. 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.

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. 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 ist im Ergebnis nicht tragend: 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“.¹⁴³

141 BGH GRUR 2015, 1129 – Hotelbewertungsportal.

142 Vgl. auch *Ohly* (Fn. 129), F 112; ein solcher fehlt im EU-Recht, *Leistner*, ZUM 2016, 580, 585; differenzierend *Madiega* (Fn. 127), S. 22 f.

143 *Wagner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 823 Rn. 22; *Wagner*, GRUR 2020, 447, 451; *Looschelders*, Schuldrecht BT, 15. Aufl. 2017, § 57 Rn. 1176.

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.¹⁴⁴

3. Hosting

Von besonderem Interesse ist die Bestimmung zum Hosting (Art. 14 E-Commerce-RL).¹⁴⁵ Hier ist das die Plattformhaftung prägende „notice and take down“-Verfahren angelegt. Diese Privilegierung, auf die sich beispielsweise Facebook mit Blick auf die Speicherung von Nutzerinhalten berufen kann,¹⁴⁶ greift freilich nur, solange der Diensteanbieter keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hat, mit Blick auf Schadensersatzansprüche 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 Schadensersatzansprüche 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.“¹⁴⁷ Manche sehen auch hier versteckte „Verkehrspflichten“.¹⁴⁸ Der Diensteanbieter verliert vor allem das Haftungsprivileg, wenn er auf die Rechtsverletzung aufmerksam wird, sei es durch eigene Prüfung oder durch einen Hinweis von dritter Seite.¹⁴⁹ Zwar kann eine Anzeige (notice) 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

¹⁴⁴ F. Hofmann, JuS 2017, 713, 718 f.

¹⁴⁵ Zur Zugangsvermittlung (Art. 12 E-Commerce-RL) insbesondere EuGH GRUR 2014, 468 – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2018, 1146 – McFadden/Sony Music; EuGH GRUR 2009, 579 Rn. 24 ff. – LSG/Tele2.

¹⁴⁶ EuGH GRUR 2019, 1208 Rn. 22 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook; EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 27 – SABAM/Netlog.

¹⁴⁷ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 120 – L'Oréal/eBay.

¹⁴⁸ J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 978 f.; Frey, ZUM 2019, 40, 43; vgl. auch Madiaga (Fn. 127), S. 2 f. („Sorgfaltspflichten und ‚notice and take down‘-Verpflichtungen“).

¹⁴⁹ EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 122 – L'Oréal/eBay; vgl. Frey, ZUM 2019, 40, 44.

deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die Rechtswidrigkeit hätte feststellen müssen.¹⁵⁰

Welche prozeduralen Anforderungen im Detail an das hinter Art. 14 E-Commerce-RL stehende „notice-and-takedown“-Verfahren zu stellen sind (Anforderungen an einen haftungsbegründeten Hinweis, Auslegung des Begriffs „unverzüglich“¹⁵¹ etc.), erklären indes weder die Richtlinie noch die Rechtsprechung.¹⁵² 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. 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.¹⁵³

Dass die Regulierung konkreter sein könnte, zeigt die Rechtslage in den USA,¹⁵⁴ 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.¹⁵⁵ Auch auf europäischer Ebene empfiehlt es sich, die prozeduralen Anforderungen an das notice-and-takedown-Verfahren zu konkretisieren.¹⁵⁶

4. 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.¹⁵⁷ Art. 12 Abs. 3 E-Commerce-RL lässt es indes zu, dass auch Access-Provider insbesondere Adressaten von Internetangebotssperren sein können.¹⁵⁸

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

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

152 Specht, ZUM 2017, 114, 120 f.; Ohly, ZUM 2015, 308, 310 („notice and take down light“); Madiaga (Fn. 127), S. 7 f.

153 BT-Drs. 18/12356, S. 13.

154 § 512 (c) (3) DMCA.

155 Vgl. Ohly (Fn. 129), F 113.

156 Skeptisch Ohly (Fn. 129), F 113.

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

158 EuGH GRUR 2014, 468 – 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 – Cartier v. British Sky.

III. Verbot allgemeiner Überwachungspflichten als Haftungsbegrenzung

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.¹⁵⁹ 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.¹⁶⁰ Dieses Verbot steht im Ergebnis gleichwohl weder (1) weitreichenden ex-ante Maßnahmen¹⁶¹ noch (2) „stay-down“-Verpflichtungen entgegen,¹⁶² auch wenn vielfach kritisiert wird, dass die Summe spezieller Überwachungspflichten (die angeblich nur „in spezifischen Fällen“ gelten)¹⁶³ wertungsmäßig einer allgemeinen Überwachungspflicht gleichkommt.¹⁶⁴

IV. Grenzen der Haftungsprivilegierungen

Die Haftungsprivilegierungen beziehen sich auf Schadensersatzansprüche.¹⁶⁵ Dies schließt die Erstattung der für ein Schadensersatzbegehren aufgewendeten Abmahnkosten oder Gerichtskosten ein.¹⁶⁶ 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 sein¹⁶⁷ – keine Anwendung.¹⁶⁸ Unbeschadet der Haftungsprivilegierung, also unabhängig von der eigenen Verantwortlich-

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

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

161 Specht-Riemenschneider (Fn. 23).

162 EuGH GRUR 2019, 1208 – Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook; vgl. Erwägungsgrund 40 E-Commerce-RL.

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

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

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

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

167 Ohly, GRUR 2018, 1139, 1141.

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

keit,¹⁶⁹ kann „eine gezielte Anordnung“ an den Betroffenen gerichtet werden, um einer Verletzung oder der Gefahr einer Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums ein Ende zu setzen oder diese Gefahr zu verhindern.¹⁷⁰ 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.¹⁷¹ 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.¹⁷²

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*),¹⁷³ 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 primär auf der Einstellung der verbotenen Praxis und weniger auf einer (praktisch ohnehin kaum bezifferbaren) Kompensation.

Ob darüber hinaus Schadensersatzansprüche als zu scharfe Sanktion zu privilegieren sind,¹⁷⁴ ist nicht frei von Zweifeln.¹⁷⁵ 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.¹⁷⁶ So verhält es sich nicht nur mittlerweile im Lauterkeitsrecht,¹⁷⁷ sondern auch im europäischen Urheberrecht (vgl. Art. 17 Abs. 1 DSM-RL). Bei der interessengerechten Ausgestaltung der

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

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

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

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

173 F. Hofmann, GRUR 2018, 21, 24, 28 f.

174 Vgl. Ohly (Fn. 129), F 107 f.

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

176 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.

177 Vgl. Köhler, GRUR 2008, 1, 7.

Plattformpflichten spielen statt der speziellen Haftungsprivilegierungen vielmehr allgemeine Rechtsgrundsätze eine tragende Rolle. Dies ist nun auf Basis der bisherigen Rechtsprechung kurz darzustellen.

V. Unionsgrundrechte und allgemeine Rechtsgrundsätze als tragende Säulen der europäischen Intermediärhaftung

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.¹⁷⁸ 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.¹⁷⁹ Dieser spiegelt sich in den allgemeinen Bestimmungen der Rechtsdurchsetzung, Art. 3 Abs. 2 Enforcement-RL.¹⁸⁰

In diesem Sinne können Verfügungen gegen Plattformen zum Schutze von Rechten Dritter begrenzt werden.¹⁸¹ 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.¹⁸² Oder auch: Zwar dienen Anordnungen auf Basis von Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL oder Art. 11 S. 3 Enforcement-RL auch dem Schutz des geistigen Eigentums (Art. 17 GrCh); dieser Schutz ist jedoch nicht absolut.¹⁸³ Der Schutz des Grundrechts auf geistiges Eigentum ist gegen den Schutz anderer Grundrechte abzuwägen.¹⁸⁴ Im Kontext der Plattformhaftung muss folglich ein angemessenes Gleichgewicht zwischen

178 EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 83 – McFadden/Sony Music; 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; Erwägungsgrund 41 E-Commerce-RL.

179 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.

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

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

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

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

184 EuGH GRUR 2008, 241 Rn. 62 ff. – Promusicae.

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 GrCh zukommt, sichergestellt werden.¹⁸⁵

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 GrCh geschützten Rechte auf den Schutz personenbezogener Daten (betroffen im Falle der Analyse von Nutzerinhalten)¹⁸⁶ und auf freien Empfang oder freie Sendung von Informationen.¹⁸⁷ Das Grundrecht der Internetnutzer auf Informationsfreiheit ist dabei von besonderer Bedeutung.¹⁸⁸ 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.¹⁸⁹ Namentlich Internetangebotssperren können die Freiheit der Empfänger auf Zugang zum Internet einschränken.¹⁹⁰ 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.¹⁹¹ Auch das durch automatisierte Filter als Kollateralschaden auftretende „overblocking“ lässt sich als Argument gegen „Uploadfilter“ anführen.¹⁹² Mit Blick auf aktive Nutzer sind ferner die Meinungs- sowie Kunstfreiheit (Art. 11, 13 GrCh) zu berücksichtigen.¹⁹³

Nicht zuletzt werden vom EuGH Allgemeininteressen, wie die Funktionsfähigkeit des Internets, gewürdigt.¹⁹⁴ Schließlich kann die Abwägung aber auch das Vorhandensein von Rechtsbehelfen erforderlich machen.¹⁹⁵ So ist beispielsweise selbst der Verbraucherschutz primärrechtlich verankert (Art. 38 GrCh). Dies kann etwa dazu führen, dass Rechtsschutz auf Bewertungsportalen gegeben sein muss.

¹⁸⁵ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 44 – SABAM/Netlog.

¹⁸⁶ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 49 – SABAM/Netlog.

¹⁸⁷ EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 48 – SABAM/Netlog.

¹⁸⁸ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 47, 55 – UPC Telekabel; EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 82 – McFadden/Sony Music.

¹⁸⁹ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 56 – UPC Telekabel.

¹⁹⁰ EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 82 – McFadden/Sony Music.

¹⁹¹ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 63 – UPC Telekabel.

¹⁹² EuGH GRUR 2012, 265 Rn. 52 – Scarlet SABAM.

¹⁹³ Vgl. BGH GRUR 2011, 513 – AnyDVD.

¹⁹⁴ EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – GS Media.

¹⁹⁵ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 57 – UPC Telekabel.

VI. Zwischenfazit

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.¹⁹⁶ Die Vorgaben zur europäischen Intermediärhaftung sind dabei weitgehend vage.¹⁹⁷ Der Rahmen wird daher vor allem über die Rechtsprechung des EuGH konkretisiert, der seine Überlegungen vielfach grundrechtlich absichert. Tatsächlich lassen sich die tragenden Grundsätze an den über die Grundrechte vermittelten Interessenabwägungen festmachen. Während im Fachdiskurs häufig die Haftungsprivilegierungen als „nicht mehr zeitgemäß“ gescholten werden,¹⁹⁸ 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,¹⁹⁹ allgemeinen Grundsätzen der Rechtsdurchsetzung aus Art. 3 Enforcement-RL,²⁰⁰ Grundsatz der Verhältnismäßigkeit,²⁰¹ Verbot von Schranken für den rechtmäßigen Handel.²⁰² Anders formuliert: Über Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL / Art. 11 S. 3 Enforcement-RL vermittelte Unterlassungsansprüche müssen verhältnismäßig sein.²⁰³

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.²⁰⁴ Einerseits ist die Haftungsnorm aus Art. 11 S. 3 Enforcement-RL nicht auf den E-Commerce beschränkt.²⁰⁵ 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.²⁰⁶ Dies ist deshalb

196 F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 624 f.

197 Ohly, ZUM 2015, 308, 310 f., 313.

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

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

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

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

202 EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 135 ff., 140, 144 – L'Oréal / eBay; vgl. EuGH GRUR 2012, 382 Rn. 31 ff. – SABAM / Netlog; vgl. Holznapel, ZUM 2018, 350, 355 f.; ähnlich Erwägungsgrund 59 InfoSoc-RL.

203 Vgl. auch Fischman-Afori, IIC 2014, 889.

204 EuGH GRUR 2016, 1062 – Tommy Hilfiger.

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

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

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). Paradoxiertweise darf sogar angenommen werden, dass die Verpflichtung zu vorbeugenden Maßnahmen („Maßnahmen zu treffen, die dazu beitragen zu vermeiden, dass erneute derartige Verletzungen durch denselben Händler auftreten“)²⁰⁷ 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.²⁰⁸

Für die praktisch entscheidende Unterlassungshaftung spielt es also bemerkenswerterweise keine entscheidende Rolle, ob sich der Intermediär auf ein Haftungsprivileg berufen kann.²⁰⁹ 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 Enthaltung offen. 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.²¹⁰ Im Lichte dieser Norm können auch die Kosten eines Filtersystems zur Unzulässigkeit desselben führen.²¹¹

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, welche die Spezifika der Plattformhaftung prägenden Mehrpersonenverhältnisse im Blick haben, wäre im Übrigen auch ein Schadensersatzanspruch weniger problematisch, zumal auch unter Art. 14 E-Commerce-RL ab Kenntnis solche Ansprüche nicht ausgeschlossen sind. 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 die Anwendbarkeit von Haftungsprivilegierungen zu führen.

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

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

209 Ähnliches gilt bei Verlinkungen im UWG, vgl. BGH GRUR 2016, 209 Rn. 25 – Haftung für Hyperlink; vgl. auch Ohly, NJW 2016, 1417.

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

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

VII. 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.²¹² Der EuGH spricht indes von „Rechten“ der Nutzer.²¹³ 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 beim Interessenausgleich eben auch die Interessen von Internetnutzern gleichrangig zu berücksichtigen sind.²¹⁴ Etwas anderes könnte jedoch nach dem neuen Haftungsregime für Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten mit Blick auf Urheberrechtsverletzungen gelten. Nach Auffassung der Autoren vermittelt Art. 17 Abs. 7 DSM-RL letztlich subjektive Nutzerrechte.²¹⁵ 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.²¹⁶ Auch die verfahrensrechtliche Absicherung von Nutzerrechten hat in der DSM-RL 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 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 Durchführungsmaßnahmen bekannt sind.“²¹⁷ Im deutschen

212 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.

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

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

215 F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 622; ders., GRUR 2019, 1219, 1227; Specht-Riemenschneider (Fn. 5), S. 41; dies. (Fn. 23), S. 85.

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

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

Recht wird diese Vorgabe bis dato regelrecht missachtet. Der BGH verweist darauf, dass vertraglicher Rechtsschutz vermittels des Providervertrags denkbar sei.²¹⁸ In der Literatur wird dies als unzureichend bewertet.²¹⁹ 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.²²⁰

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.²²¹ 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.²²²

F. Optionen der Plattformverantwortlichkeit

I. Ausgangslage

Bei der Plattformhaftung bereiten aus praktischer Sicht nicht nur nicht gelöschte *rechtswidrige* Inhalte ein Problem, sondern vor allem auch gleichsam als Kollateralschaden entfernte *rechtmäßige* Inhalte. Überobligatorische Rechtsdurchsetzungsmaßnahmen der Plattform können den Zugang von Nutzern zu nicht zu beanstandenden Informationen wie schon ausgeführt beschränken. Zu befürchten sind „Phantomrechte“.²²³ 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 als auch das Interesse an einer Vielfalt von rechtmäßigen Inhalten gewahrt sind.

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

219 Vgl. Mantz, GRUR 2017, 969, 975; Leistner, ZUM 2016, 580, 585; wären Internetangebotsperren 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.

220 Wagner, GRUR 2020, 447, 451.

221 F. Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1220.

222 Leistner, ZUM 2016, 580, 585.

223 Raue, ZUM 2017, 353, 354.

II. Option 1: Vollumfängliche Nicht-Verantwortlichkeit

Am einen Ende der Skala der Regelungsoptionen liegt die vollumfängliche Nicht-verantwortlichkeit der Plattform. Die Plattform kann sich rein passiv verhalten, weil sie für Nutzerinhalte nicht haftbar gemacht werden kann.²²⁴ Dies hätte zum einen zur Konsequenz, dass es von Rechts wegen weder Bedarf für „Upload-filter“ 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,²²⁵ 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.²²⁶ Der Nutzer könnte über Auskunftsansprüche ermittelt werden, was freilich eine Mitwirkung der Plattform voraussetzt. Im geltenden Recht ist dieser Ansatz nicht zu finden.

III. 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.²²⁷ 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.²²⁸ Faktisch bedürfte es technischer

²²⁴ Engert, AcP 218 (2018), 304, 359 f.

²²⁵ Kritisch Wagner, GRUR 2020, 447, 453 ff.

²²⁶ 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, 454, 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.

²²⁷ Zur „value gap“-Debatte F. Hofmann, GRUR 2018, 21, 27 ff.

²²⁸ Wagner, GRUR 2020, 447, 457.

Maßnahmen wie „Uploadfilter“. Diese müssten „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.²²⁹ Vereinfacht gesagt: Plattformen mitteln Drittinhalte; sie sind keine herkömmlichen Content-Anbieter, die über eine vollständige Kontrolle ihrer Inhalte verfügen.²³⁰ Auch wird kritisiert, dass Plattformen dadurch (noch stärker) in die Rolle eines Streitmittlers gedrängt werden, was ihre ohnehin schon ausgeprägte Macht noch verstärkt.²³¹

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.²³²

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

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.²³³ 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. In diesem Sinne kann sich ein Access-Provider von seiner Haftung „befreien, indem er nachweist, dass er alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat“. ²³⁴ Gezeigt wurde auch, dass das Recht der öffentlichen Wiedergabe vom EuGH so

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

230 Vgl. Wagner, GRUR 2020, 329.

231 Vgl. Wagner, GRUR 2020, 447, 453.

232 F. Hofmann, ZUM 2019, 617, 626.

233 Vgl. Buiten/de Streel/Peitz (Fn. 39), S. 18.

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

weit gefasst wird, dass es auch „mittelbare“ Wiedergabehandlungen umfasst.²³⁵ Gleichzeitig schränkt der EuGH über subjektive Kriterien das Verwertungsrecht ein. Dies lässt sich ohne Weiteres in den Maßstab von Sorgfalts- oder Verkehrspflichten übersetzen.²³⁶ Auch in Art. 17 DSM-RL findet sich dieses Zusammenspiel aus einer Haftung einerseits (Art. 17 Abs. 1 DSM-RL) und der Möglichkeit der Enthaltung andererseits (Art. 17 Abs. 4 DSM-RL). Hier hängt die Haftung also an der Einhaltung diverser – im Detail umstrittener – Verkehrspflichten.²³⁷ 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: 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.²³⁸

Auch im nationalen Recht ist dieser Gedanke der „mittelbaren Verantwortlichkeit“ bei der Intermediärhaftung anzutreffen.²³⁹ 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 Lauterkeitsrecht²⁴⁰ als Haftung für Verkehrspflichten interpretiert²⁴¹ (auch wenn ein gewichtiger Unterschied besteht: der Störer haftet nur auf Unterlassung, nicht auf Schadensersatz).²⁴² Der Störer im Sinne der Rechtsprechung des I. Zivilsenats ist letztlich Täter eines Fahrlässigkeitsdelikts, der den rechtswidrigen Erfolg allerdings nur „mittelbar“ verursacht hat.²⁴³ Während eine Fahrlässigkeitshaftung für mittelbar verursachte Rechtsverletzungen im allgemeinen Haftungsrecht selbstverständlich ist, kommt es dabei für den Unterlassungs-, aber auch den Schadensersatzanspruch darauf an, dass den Plattformbetreiber als potenziellen

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

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

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

238 *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. *Krüger/Apel*, MMR 2012, 144, 148 ff.; *J. B. Nordemann*, GRUR 2011, 977, 978.

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

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

241 *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.

242 Kein Problem sieht insoweit *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1222 f.; zurückhaltender *Ohly* (Fn. 129), F 108; *ders.*, ZUM 2015, 308, 315.

243 *Wagner*, GRUR 2020, 329, 334.

Mitschädiger eine Sorgfaltspflicht zugunsten fremder Rechtsgüter trifft und diese in haftungsbegründender Weise verletzt hat.²⁴⁴ 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 nur zu leisten wäre, wenn tatsächlich ein Pflichtenverstoß vorliegt, der überdies schuldhaft erfolgen müsste.²⁴⁵ 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.²⁴⁶ Auch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) bringt keine allgemeine Einstandspflicht sozialer Netzwerke, sondern statuiert diverse Verkehrspflichten, insbesondere ein „Löschmanagement“.

In Literatur und Rechtsprechung wird teils weiter nach unterschiedlichen, abgestuften dogmatischen Konzepten kategorisiert.²⁴⁷ So will der BGH unterscheiden zwischen der Täterhaftung, einer weit verstandenen Gehilfenhaftung für aktive Intermediäre und der Störerhaftung für neutrale Vermittler.²⁴⁸ 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,²⁴⁹ das im deutschen Recht eine Entsprechung in Täterschaft, Teilnahme und Störerhaftung findet. Aber auch wenn man etwa die täterschaftliche Haftung als fahrlässige Beihilfe einstuft,²⁵⁰ bleibt es dabei: Am Ende kommt es erstens dogmatisch darauf an, dass es der Sache nach um eine Verkehrspflichtverletzung geht²⁵¹ und zweitens die Verkehrspflichten richtig (genauer: interessengerecht) ausbuchstabiert werden.

²⁴⁴ *Wagner*, GRUR 2020, 329, 334.

²⁴⁵ *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.

²⁴⁶ BGH GRUR 2013, 751 Rn. 25 ff. – Autocomplete-Funktion; 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.

²⁴⁷ *Frey*, ZUM 2019, 40, 48; *Ohly*, GRUR 2018, 1139, 1141; *ders.*, GRUR Int. 2018, 517.

²⁴⁸ BGH GRUR 2018, 1132 – YouTube; BGH GRUR 2018, 1239 – uploaded.

²⁴⁹ *Grünberger*, ZUM 2019, 281, 297; *Specht*, ZUM 2018, 877, 878.

²⁵⁰ *Ohly*, JZ 2019, 251, 255.

²⁵¹ 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* (Fn. 3), F 46.

Auf diese Weise lassen sich alle dogmatischen Konstrukte abstrakt erfassen.²⁵² 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 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.“²⁵³ Die spezifischen Haftungskonzepte zur Erfassung des Plattformhandelns (insbesondere die Störerhaftung) lassen sich in ein „allgemeines, auf die Verletzung von Sorgfaltspflichten gestütztes Konzept der Fahrlässigkeitshaftung“ integrieren.²⁵⁴

Der entscheidende Unterschied liegt dabei auch nicht darin, ob eine Haftung mit Enthftungsmöglichkeit besteht oder eine Nichtverantwortlichkeit mit der Möglichkeit, in Haftung²⁵⁵ 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 kontrovers gestritten wird. Je nach Ausgestaltung 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.²⁵⁶ 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.

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 erkauf

252 F. Hofmann, JZ 2018, 746, 747 ff., 750.

253 Podszun (Fn. 3), F 46.

254 Wagner, GRUR 2020, 329, 335.

255 Letzteres ist in der deutschen Rechtsprechung anzutreffen, vgl. Leistner, ZUM 2016, 580.

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

werden soll,²⁵⁷ muss die Plattformhaftung stets eine indirekte sein: Die Plattform haftet also richtigerweise nicht absolut, sondern nur unter bestimmten Voraussetzungen. Die Gretchenfrage ist sodann, wie Art und Umfang der Pflichten im Detail bemessen sind. Über die Verkehrspflichten können diese aber technisch-sensibel und „rollenbezogen“ optimal eingestellt werden.²⁵⁸

Der verschiedentlich anzutreffende Vorschlag, Plattformen statt Unterlassungs- und Schadensersatzansprüchen lediglich einer Vergütungspflicht auszusetzen,²⁵⁹ sollte aus zwei Gründen nicht weiterverfolgt werden. *Erstens* taugt dieser Ansatz lediglich für Wirtschaftsrechte.²⁶⁰ 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.²⁶¹

G. Funktionszentrierte Verkehrspflichten als Baustein der Vielfaltsicherung

Die Analyse der (europäischen) Intermediärhaftung hat gezeigt, dass ungeachtet der dogmatischen Konstruktion die Haftung letztlich von der Erfüllung diverser Sorgfaltspflichten abhängt. Damit muss nicht zwingend ein „Unrechtsvorwurf“ verbunden sein, es können auch „Hilfeleistungspflichten“ an sich neutraler Akteure begründet werden.²⁶² Weniger die Dogmatik als die Ausfüllung des Pflichtenkatalogs sind für die weitere Regulierung von besonderer Bedeutung. Oben eingeführter Unterteilung der Plattformfunktionalitäten folgend, lassen sich allgemeine Verkehrspflichten für sämtliche interaktionsmittelnde Plattformfunktionalitäten statuieren, sowie spezielle Verkehrspflichten für die Mittelung kommerzieller Kommunikation und die kommerzielle Mittelung von Kommunikation.

²⁵⁷ Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 895.

²⁵⁸ Wagner, GRUR 2020, 329, 335; in diesem Sinne auch Buiten/de Stree/Peitz (Fn. 39), S. 15 ff.

²⁵⁹ Vgl. Leistner/Metzger, IIC 2017, 381; Dreier/Leistner, GRUR 2013, 881, 895; Leistner, ZUM 2016, 580, 589 ff.; vgl. Ohly, ZUM 2015, 308, 316.

²⁶⁰ Zur Frage, ob europäische Reformüberlegungen übergreifend oder rechtsgebietspezifisch sein sollten Ohly, ZUM 2015, 308, 313.

²⁶¹ F. Hofmann, ZUM 2020, 665, 667; ders., GRUR 2019, 1219, 1223 f.

²⁶² F. Hofmann, GRUR 2015, 123, 127; J. B. Nordemann, GRUR 2011, 977, 979, 981; zu „Hilfeleistungspflichten“ als eigene Fallgruppe bei Verkehrspflichten F. Hofmann, JuS 2017, 713, 719.

I. Kodifikation von Verkehrspflichten oder richterrechtliche Ausgestaltung?

Im Ausgangspunkt empfiehlt es sich, durch die Kodifizierung einzelner Plattformverkehrspflichten mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu erreichen. Der Gesetzgeber ist freilich zugleich gut beraten, den Rechtsrahmen auch flexibel zu halten („Verkehrspflichten als Generalklausel“),²⁶³ so dass das Recht auf neuere Entwicklungen (z. B. im Bereich der künstlichen Intelligenz) reagieren kann.²⁶⁴ Richterrecht bleibt insoweit von Bedeutung, um Inhalt und Umfang der Verkehrspflichten 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.²⁶⁵ 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 ohnehin ein „angemessenes Gleichgewicht“ zwischen den unterschiedlichen Interessen zu finden sucht, hätte dies nur deklaratorische Bedeutung.

Für den Umfang der Plattformverkehrspflichten bietet sich daher (wie gesagt vorbehaltlich einzelner, explizit kodifizierter Pflichten) ein generalklauselartig formulierter Auffangtatbestand an,²⁶⁶ der flexibel durch Richterrecht ausgefüllt werden kann.²⁶⁷ Um dem Richter aber zumindest abstrakte Leitlinien an die Hand zu geben, sollen in diesem Aufsatz auch „allgemeine Parameter“ formuliert werden, die bei der richterrechtlichen Konkretisierung der Verkehrspflichten helfen können. 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.

II. Allgemeine Parameter

Soweit die „Generalklausel“ als Auffangtatbestand betroffen ist (= allgemein formulierte „Auffangverkehrspflicht“ der Plattform = allgemeine Sorgfaltspflicht),

²⁶³ F. Hofmann, JZ 2018, 746, 750.

²⁶⁴ Vgl. Podszun (Fn. 3), F 63 f.; Ohly, ZUM 2015, 308, 314 f.; Buiten/de Streel/Peitz (Fn. 39), S. 18.

²⁶⁵ Vgl. Ohly, ZUM 2015, 308, 315.

²⁶⁶ So auch Ohly (Fn. 129), F 103 ff., F 106 f.; ders., ZUM 2015, 308, 315.

²⁶⁷ Auch die bisherige Rechtsprechung umschreibt die „Verkehrspflichten“ der Plattformen generalklauselartig.

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.“²⁶⁸ 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.²⁶⁹ Der EuGH betont die Notwendigkeit eines „angemessenen Gleichgewichts“ zwischen den betroffenen Interessen.²⁷⁰ 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.“²⁷¹

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.²⁷² In der Literatur gibt es zahlreiche Analysen, welche Kriterien im Einzelnen zur Konkretisierung herangezogen werden können.²⁷³ Die Rede ist von einem „beweglichen System“.²⁷⁴ Die Rechtsprechung verweist u. a. auf die Vorgaben aus Art. 12 ff. E-Commerce-RL einschließlich des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten,²⁷⁵ betont die Freiheit des rechtmäßigen Handels,²⁷⁶ Rechte und Interessen Dritter²⁷⁷ und ganz besonders: die Unionsgrundrechte.²⁷⁸ Nach dem BGH 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.“²⁷⁹ Dies ist nichts anderes als ein Verweis darauf, dass auch die unternehmerische Freiheit (vgl. Art. 16 GrCh) abzuwägen ist. Auch das Verbot

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

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

270 EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 83 – McFadden/Sony Music; EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 46 – UPC Telekabel.

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

272 Wagner, GRUR 2020, 447, 451.

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

274 Ohly, JZ 2019, 251, 252.

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

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

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

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

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

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.²⁸⁰ 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)²⁸¹ erhalten bleiben. Für die Zuweisung anlassbezogener Verkehrspflichten seien vor allem folgende allgemeine Parameter betont:

(1) Die allgemeinen und die besonderen Verkehrspflichten sollten sich entsprechend der derzeitigen Rechtsprechung verschärfen, umso gefahrgeneigter eine Plattformfunktionalität ist²⁸² und je „näher“ die Plattform an der Rechtsverletzung dran ist.²⁸³ Dies gipfelt darin, dass für eigene Inhalte eine vollumfängliche proaktive Überwachungspflicht besteht. Auch „neutralen“ 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“²⁸⁴ auferlegt werden.²⁸⁵ Soweit dies interessengerecht ist, weil beispielsweise nur so Rechte Dritter einschließlich Verbraucherinteressen effektiv geschützt werden können,²⁸⁶ dürfen eingedenk der „neutralen“ Rolle Verkehrspflichten regelmäßig erst nach einem Hinweis greifen. Internetangebotssperren als prominentestes Beispiel für derartige Pflichten von Intermediären,²⁸⁷ die mit der im Raum stehenden Rechtsverletzung im Grunde genommen nichts zu tun haben, greifen (zumindest nach deutscher Interpretation,²⁸⁸ vgl. § 7 Abs. 4 TMG) erst, nachdem die Inanspruchnahme Dritter wie dem Hostprovider gescheitert ist (Subsidiaritätsklausel).²⁸⁹

280 Erwägungsgrund 42 E-Commerce-RL; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 28 – Alone in the Dark; BGH GRUR 2004, 860 – Internet-Versteigerung; s. a. Wagner, GRUR 2020, 447, 447.

281 Vgl. Buiten/de Streef/Peitz (Fn. 39), S. 8.

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

283 In der Literatur findet sich der Gedanke des „abgestuften“ Schutzkonzepts.

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

285 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 begreifen (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.

286 Zu Internetangebotssperren zur Unterbindung rechtswidrigen Online-Glücksspiel F. Hofmann, WRP 2020, 1089, 1094 ff.

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

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

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

(2) Eine Rolle spielt ferner die Gefahrgeneignetheit der Tätigkeit des Intermediärs.²⁹⁰ Je verletzungsanfälliger die Tätigkeit, desto höher die Pflichten.²⁹¹ 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 Gefahrgeneignetheit 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.²⁹²

(3) Besonderes Gewicht ist bei der Abwägung auch den technischen Möglichkeiten zu geben.²⁹³ Die Pflichten von Plattformbetreibern, einschließlich der „stay-down-Verpflichtung“ hängen ganz entscheidend an den technischen Möglichkeiten („more technological approach“).²⁹⁴ Der EuGH verweist in diesem Sinne darauf, dass zur Feststellung sinngleicher Inhalte auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung zurückgegriffen werden kann.²⁹⁵ Auch der BGH erkennt an, dass die Plattformbetreiber treffende Pflichten „im Rahmen des technisch und wirtschaftlich Zumutbaren“ zu entwickeln sind.²⁹⁶ 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;²⁹⁷ „Löschungskollateralschäden“ sind tunlichst zu vermeiden. Die Grenzen der (gegenwärtigen) Filtertechnologie müssen also bei der Konfiguration der Plattformpflichten hinreichend berücksichtigt werden.²⁹⁸ 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

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

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

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

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

294 Vgl. Grünberger/Podszun, ZGE 2014, 269.

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

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

297 Zu „Uploadfiltern“ Müller-Terpitz, ZUM 2020, 365; Raue/Steinebach, ZUM 2020, 355.

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

Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter anderem Folgendes berücksichtigt [wird]: (...) die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen. Hier kann zugleich die Größe der Plattform eine Rolle spielen („Start-up“-Privileg“).²⁹⁹

(4) Erzielt die Plattform Einnahmen, kann dies für intensivere Pflichten sprechen.³⁰⁰

(5) Aus Verbrauchersicht spielt auch das „Prognoserisiko“ 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.³⁰¹ 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.³⁰² Folglich kann es sein, dass die Pflicht einer Plattform mit Blick auf eine Markenverletzung anders ausgestaltet ist als beispielsweise bei einer komplexen Abwägung erfordernden Persönlichkeitsrechtsverletzung.³⁰³ Auf diese Weise nimmt man den Plattformen Lösungsdruck.

III. Einzelne Verkehrspflichten

EuGH und BGH haben in der Vergangenheit der Sache nach bereits Verkehrspflichten für interaktionsmittelnde Funktionalitäten von Plattformen ausdifferenziert, die einer gesetzlichen Regelung zugrunde gelegt werden könnten. Sie sollen im Einzelnen hier nicht wiederholt werden. Im Fokus der nachfolgenden Ausführungen soll vielmehr aufgezeigt werden, welche der bestehenden Verkehrspflichten für eine mögliche Regulierung aufgegriffen werden sollten und wie sie modifiziert und ggf. erweitert werden sollten. Dabei wird in solche Verkehrspflichten strukturiert, die interaktionsmittelnden Plattformen generell auferlegt werden und solche, die nur für bestimmte interaktionsmittelnde Plattformen gelten sollten. Es wird insofern zwischen allgemeinen (1.) und besonderen (2.) Verkehrspflichten unterschieden.

²⁹⁹ Vgl. *Buiten/de Streef/Peitz* (Fn. 39), S. 16; zu Art. 17 DSM-RL *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1226 f.

³⁰⁰ BGH GRUR 2015, 485 Rn. 50 – Kinderhochstühle im Internet III; *Wagner*, GRUR 2020, 447, 451; *Holznapel*, ZUM 2018, 350, 353.

³⁰¹ Näher *F. Hofmann*, ZUM 2020, 665, 669 f.

³⁰² BGH GRUR 2015, 485 Rn. 50 – Kinderhochstühle im Internet III.

³⁰³ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 451.

1. Allgemeine Verkehrspflichten

a) Ex ante-Verkehrspflichten

(aa) 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 halten³⁰⁴ 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 Prognose-risiko.³⁰⁵ 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 Verkehrspflichten der Plattform nicht zu überspannen,³⁰⁶ 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 schuldhaft³⁰⁷ 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 Dreiecksver-

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

305 *Kaesling/Knapp*, MMR 2020, 816, 818.

306 Vgl. Stellungnahme von *Google* 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.

307 *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.

hältnis zwischen inhaltsanbietenden und inhaltsnachfragenden Nutzern sowie dem Plattformbetreiber hinzunehmen.

(bb) „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 wird, sondern er 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 geflaggte Inhalt freizustellen.

(cc) 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:³⁰⁸

– Ausmaß der Übereinstimmung

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.³⁰⁹

– Selbsteinschätzung des Nutzers

Wie bereits dargelegt, sollte ein als rechtmäßig geflaggtter Inhalt von der automatisierten Filterung ausgenommen und von vornherein einer menschlichen

³⁰⁸ *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff.; vgl. auch bereits: *Specht-Riemenschneider* (Fn. 23), S. 92.

³⁰⁹ *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff., sehen einen vertrauenswürdigen Rechtsinhaber als solchen an, der über ein großes Repertoire und über einen seriösen Trackrecord verfügt.

Überprüfung zugeführt und ggf. nach dieser Prüfung offline genommen werden (Pre-Flagging und delayed takedown).³¹⁰

– Zeitkritikalität

Inhalte mit Bezug zum Tagesgeschehen (z. B. eine tagesaktuelle Parodie,³¹¹ 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“).³¹² Über die Funktionsweise der Algorithmen sollte jeder Nutzer auf Verlangen informiert werden müssen.³¹³ Es bedarf daher eines Anspruchs auf Datenzugang, der freilich den Geschäftsgeheimnisschutz wahren muss. Ungeachtet dessen muss bedacht werden, dass sich die Filtertechnologie weiterentwickelt. Das Recht muss in der Lage sein, dies abzubilden.

(dd) 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.³¹⁴ Welche Mühen Nutzer auf sich nehmen, um ihre Rechte zu verteidigen, hängt letztlich vom persönlichen Kosten-Nutzen-Kalkül des jeweiligen Nutzers ab.³¹⁵ Neben möglichen Verfahrens- und Rechtsanwaltskosten sowie dem drohenden Verlust von Anonymität/Pseudonymität bei Inanspruchnahme gerichtlicher oder außergerichtlicher

³¹⁰ Vgl. dazu etwa: *Spindler*, CR 2019, 277, 290.

³¹¹ *Senfleben*, ZUM 2019, 369, 373.

³¹² *Garstka*, Intellectual Property Law and Human Rights, 2020, S. 8; *Specht*, Diktat der Technik, 2019, S. 48.

³¹³ Zu den Informationspflichten unter Art. 17 DSM-RL vgl. *Gerpott*, MMR 2019, 420, 425.

³¹⁴ Vgl. auch *Buiten/de Streel/Peitz* (Fn. 39), S. 17.

³¹⁵ *Kaesling/Knapp*, MMR 2020, 816, 820 f.

Streitbeilegungsmechanismen,³¹⁶ beeinflusst der persönliche zeitliche Aufwand das Nutzerverhalten erheblich.³¹⁷ 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.³¹⁸ 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 Info-Soc-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.³¹⁹ 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 etablierende Beschwerdemechanismen der Nutzer auf Plattformen zutrifft, ist es erforderlich, die leichte Erkennbarkeit, Zugänglichkeit und 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.³²⁰ Gleiches muss für die Meldung von zu Unrecht ge-

316 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.

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

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

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

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

sperreten Inhalten gelten. Es geht also insgesamt um die Pflicht zur Integration „effektiver Medienkompetenztools und -maßnahmen.“³²¹ 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.³²²

b) Ex post-Verkehrspflichten

(aa) „Notice and negotiation Verfahren“

Allgemeine Verfahrensvorgaben

Kern der Verkehrspflicht für jede interaktionsmittelnde Plattformfunktionalität sollten prozedurale Gewährleistungen sein. Die Plattform sollte im Sinne der Blogeintrag-Rechtsprechung³²³ 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 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 zu sperren.³²⁴ 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 v. a. vorsieht, dass den primären Streitparteien jeweils die Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird. Hierdurch wird das durch die Rechtsprechung entwickelte Blogeintragverfahren³²⁵

321 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; Kogler, K&R 2018, 537, 538.

322 Kaesling/Knapp, MMR 2021, 11, 12 f.

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

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

325 BGH MMR 2012, 124 mit Anm. Hoeren – Blogeintrag.

abgebildet. Es eignet sich auch für eine Normierung auf europäischer Ebene.³²⁶ Die Vorgabe einer offensichtlichen Rechtsverletzung, auf die sich der Hinweis beziehen muss, um eine Haftung der Plattform auszulösen, hat der BGH ausdrücklich aufgegeben.³²⁷ Die Gewährleistung von Anonymität bzw. Pseudonymität im Außenverhältnis zu anderen Plattformnutzern ist aufrecht zu erhalten.

Takedown oder Stayup während der Dauer der Überprüfung?

Geregelt werden sollte 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 „Blogeintragverfahrens“³²⁸ scheint erforderlich bei bestimmten, besonders schwerwiegenden Rechtsverletzungen, wenn eine summarische automatisierte Prüfung (Plausibilitätsprüfung) ergibt, dass dieser Hinweis zutrifft.³²⁹ 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 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 geflaggteten Inhalt freizustellen.

³²⁶ Den zumindest partiellen Vorbildcharakter des NetzDG für ADR-Verfahren erörtert ausführlich auch Leistner, ZGE/IPJ 2020, 56, 58.

³²⁷ BGH Urt. v. 27.07.2020, GRUR-RS 2020, 23312 Rn. 41; LG Frankfurt, Urt. v. 02.10.2020 – 2–03 O 148/19.

³²⁸ BGH MMR 2012, 124 mit Anm. Hoeren – Blogeintrag.

³²⁹ Leistner, ZGE/IPJ 2020, 56, 63.

- Eine Stay-up Verpflichtung sollte sich auch für Inhalte und Nutzer ergeben, die sich auf einer obligatorisch von der Plattform vorzuhaltenden White-List befinden.³³⁰

Anforderungen an die Begründung gemeldeter Rechtsverletzungen und Flags, Missbrauchskontrolle

Dem 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)³³¹ von diesen Instrumenten auszuschließen,³³² 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 Sanktionierung³³³ 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.

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.³³⁴ 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.³³⁵ Andererseits darf den Nutzern

³³⁰ Leistner, ZGE/IPJ 2020, 56.

³³¹ Spindler, CR 2020, 50 Rn. 52.

³³² Spindler, CR 2020, 50 Rn. 58; Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1228; Specht-Riemenschneider (Fn. 23), S. 90; konträr für die Einführung sog. "trusted uploader", auf deren Rechtmäßigkeitskennzeichnungen vertraut werden darf: Schwartmann/Hentsch, MMR 2020, 207, 212.

³³³ Vgl. aber F. Hofmann, ZUM 2020, 665, 668 f.

³³⁴ Vgl. hierzu detailliert: iRIGHTS e.V., Stellungnahme Art. 17 DSM-RL, S. 25 f.; Spindler, CR 2020, 50, 54.

³³⁵ Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1228; Specht-Riemenschneider (Fn. 23), 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

aber auch kein Detailgrad abverlangt werden, der sie faktisch von der Ausübung ihrer Rechte abhält.³³⁶ 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.³³⁷

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 gelten.³³⁸ Sie ist bereits heute mit den Vorgaben des Art. 15 E-Commerce-RL vereinbar.³³⁹

(bb) 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 Jugendmedienstaatsvertrag (§§ 19 ff. JMStV) angelegt. Danach können Entscheidungen über die Rechtswidrigkeit eines Inhaltes an eine staatlich anerkannte Einrichtung 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

Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 26.

³³⁶ Specht-Riemenschneider (Fn. 23), S. 88.

³³⁷ Kaesling/Knapp, MMR 2021, 11, 14.

³³⁸ Wagner, GRUR 2020, 447, 448.

³³⁹ EuGH MMR 2019, 798 m. Anm. Specht-Riemenschneider.

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 Gegenstellungsverfahren 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 Urheberdiensteanbietergesetzes (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.³⁴⁰ Voraussetzung ist allerdings, dass die Entscheidungsgremien plural

340 *Fiala/Husovec* (Fn. 65), S. 25; vgl. auch *Kaesling/Knapp*, MMR 2021, 11, 14.

oder mit neutralen Experten besetzt sind³⁴¹ 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.³⁴² 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,³⁴³ 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.³⁴⁴ Die Möglichkeit eines Eilverfahrens sollte zwingend erhalten bleiben, auch wenn zuvor die Entscheidung einer Schlichtungsstelle herbeigeführt wurde.³⁴⁵ Die Anrufung eines staatlichen Gerichtes sollte im Interesse der Rechtssicherheit aber nur innerhalb einer bestimmten Frist nach der Entscheidung der privaten Schlichtungsstelle erfolgen können.³⁴⁶

(cc) 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 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,³⁴⁷ 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

³⁴¹ *Kaesling / Knapp*, MMR 2021, 11, 14.

³⁴² So zutreffend: *Wagner*, GRUR 2020, 447, 456.

³⁴³ *Google*, Stellungnahme zu einem Diskussionsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, S. 23.

³⁴⁴ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 454, 456.

³⁴⁵ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 454.

³⁴⁶ *Wagner*, GRUR 2020, 447, 456.

³⁴⁷ BGH NJW 2014, 2651 – Ärztebewertung I.

aktuelle Ereignisse betrifft – im Netz angemessen zu berücksichtigen.³⁴⁸ 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 geregelt ist. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind weitergehende Auskunftsansprüche möglich.³⁴⁹

(dd) 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,³⁵⁰ so sollte es zu den allgemeinen Verkehrspflichten der Plattformbetreiber zählen, die aufsichtsbehördlichen Maßnahmen innerhalb der gesetzten Frist umzusetzen.

2. Besondere Verkehrspflichten

a) 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 erheblichen negativen Effekten 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 Plattform-

³⁴⁸ Im nationalen Recht können Auskunftsansprüche in der Regel nicht im Eilverfahren geltend gemacht werden, weil dies eine Vorwegnahme der Hauptsache bedeutete.

³⁴⁹ Diese muss allerdings jedenfalls im Urheberrecht derzeit nicht herausgegeben werden, vgl. EuGH GRUR 2020, 840 – Constantin Film Verleih/YouTube ua.

³⁵⁰ European Parliament, Draft Report 2020/2018, S. 7.

angebotes 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.³⁵¹

Soll gleichzeitig ein Anreiz zum Betrieb weniger gefahrgeneigter Geschäftsmodelle gegeben werden, ist es angezeigt, die Verkehrspflichten der Plattform entsprechend der Gefahrgeneigntheit 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.³⁵² Darüber hinaus steht – unabhängig von einer Vereinbarkeit der Verkehrspflichten mit Art. 10 EMRK – Art. 14 E-Commerce-RL derartigen präventiven Überwachungspflichten derzeit entgegen.³⁵³ Gleichwohl hat der EGMR für besonders intensive Rechtsverletzungen entschieden, dass präventive Vorabkontrollen ausnahmsweise eine berechtigte und angemessene Beschränkung der auf Seiten des Uploaders betroffenen Grundrechte und Grundfreiheiten darstellen können.³⁵⁴ Für diese besonders verletzungintensiven 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.

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.

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

352 EGMR NJW 2017, 2091 – Magyar Tartalomszolgáltatók/Hungary; zur Diskussion um die Filterpflicht nach Art. 17 DSM-RL vgl. *Specht-Riemenschneider* (Fn. 23), S. 80 f.

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

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

b) 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.³⁵⁵ 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 dem Plattformbetreiber 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.³⁵⁶ 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.³⁵⁷ 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 Inhalte.³⁵⁸ Auch hier sollte die Plattform über entsprechende Designpflichten gehalten sein, die Kennzeichnung zu ermöglichen und den Nutzer darauf hinzuweisen, dass er eine entsprechende Information vorhalten muss. Eine 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

³⁵⁵ Zu den Modalitäten der Kennzeichnung vgl. *Fries*, Influencer-Marketing, 2019, S. 166 ff.

³⁵⁶ *Fries*, Influencer-Marketing, 2019, S. 93.

³⁵⁷ Hierzu umfassend *Fries*, Influencer-Marketing, 2019, S. 93.

³⁵⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Fries*, Influencer-Marketing, 2019, S. 93 ff.

Vorschriften so weit wie möglich zu verhindern.³⁵⁹ Eine Verkehrssicherungspflicht eines Intermediärs zur Vermeidung von Impressumsverstößen auf einer Plattform wurde auch vom OLG Frankfurt und vom OLG Düsseldorf bereits bejaht.³⁶⁰

H. Materiell-rechtliche Gewährleistungen als Baustein der Vielfaltsicherung auf Plattformen

Vielfaltsicherung kann 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 Unterwerfung unter die europäische Rechtsordnung, sobald ein Dienst im europäischen Rechtsraum angeboten wird. Neben den beschriebenen Verkehrspflichten bedarf es also weiterer materiell-rechtlicher Gewährleistungen, die neben die allgemeinen Verkehrspflichten treten und damit sämtliche interaktionsmittelnde Plattformen treffen. Im Einzelnen:

I. Subjektive Nutzerrechte

Jede Maßnahme, die den Betreibern interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten auferlegt wird, muss die Grundrechte und Grundfreiheiten aller betroffener Akteure wahren.³⁶¹ 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,³⁶² Scarlet Extended³⁶³ und SABAM/Netlog³⁶⁴ hat der EuGH unmissverständlich dargelegt, dass es für einen solchen Interessenausgleich erforderlich ist, dass Nutzer sich gegen ein unrechtmäßiges

³⁵⁹ So für das Wettbewerbsrecht BGH ZUM 2007, 846 Rn. 22 – Jugendgefährdende Medien.

³⁶⁰ OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1305, 1307 – Internetportal; OLG Frankfurt a. M. GRUR-RR 2009, 315, 315 – Impressumpflicht.

³⁶¹ Vgl. zu diesem Interessenausgleich sowie zur Begründung subjektiver Nutzerrechte insgesamt: Specht-Riemenschneider (Fn. 23), S. 46 ff.

³⁶² EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 64 – UPC Telekabel.

³⁶³ EuGH GRUR Int. 2012, 153 – Scarlet Extended.

³⁶⁴ EuGH EuZW 2012, 261 – SABAM/Netlog.

Sperren von Inhalten zur Wehr setzen können. In der Rechtssache SABAM/Netlog führte der EuGH etwa aus, die Informationsfreiheit der Nutzer könnte durch den 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.³⁶⁵ 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 äussernde 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.³⁶⁶ Wehren können sich die Nutzer somit einzig angemessen über subjektive, d. h. klagbare Nutzerrechte.³⁶⁷ Diese subjektiven Nutzerrechte müssen daher im Falle einer Regulierung der Tätigkeiten von Plattformen generell gesetzlich normiert werden.³⁶⁸

Auch aus rechtsökonomischen Gründen sind derartige Ansprüche zu befürworten, denn sie geben dem Nutzer sekundär einen Schadensersatzanspruch

³⁶⁵ EuGH GRUR 2014, 468 Rn. 50 – UPC Telekabel; ebenso: EuGH GRUR 2012, 265 Rn. 52 – Scarlet Extended.

³⁶⁶ Dazu eingehend: *Specht* (Fn. 312).

³⁶⁷ *Hofmann*, ZUM 2020, 665, 668 f.

³⁶⁸ 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.“

gegen den Plattformbetreiber, der spiegelbildlich zum Anspruch des Rechtsinhabers gegen den Plattformbetreiber bei Veröffentlichung rechtswidriger Inhalte ausgestaltet ist und dadurch Anreizstrukturen schafft, die einem *overblocking* entgegenwirken.³⁶⁹ 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.³⁷⁰

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.³⁷¹ In den Plattform-AGB sollte klar und verständlich auf die Existenz und die Möglichkeit der Ausübung der subjektiven Nutzerrechte hingewiesen werden,³⁷² 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.³⁷³ Untersuchungen aus dem Datenschutzrecht belegen, dass auch ein solcher Onepager den Informationserfolg beim Nutzer (leider) nicht erhöht.³⁷⁴ 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.

II. 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.³⁷⁵ Inner-

369 *Kaesling/Knapp*, MMR 2021, 11, 13 ff.; weitergehender für ein Verbot urheberrechtlich rechtmäßige Uploads zu verhindern: *Schwartmann/Hentsch*, MMR 2020, 207, 212.

370 *Kaesling/Knapp*, MMR 2021, 11, 14 f.

371 Ähnlich: *Senfleben*, FIU Law Review 2020, S. 21.

372 *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.

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

374 ConPolicy, Wege zur besseren Informiertheit, S. 57 f., https://www.conpolicy.de/data/user_upload/Studien/Bericht_ConPolicy_2018_02_Wege_zur_besseren_Informiertheit.pdf.

375 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.

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

III. 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.³⁷⁶ § 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.³⁷⁷

I. Fazit

Nach alldem 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 Verkehrs-

³⁷⁶ Kritisch: *Google*, Stellungnahme zum Diskussionsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 24 f.

³⁷⁷ OLG Düsseldorf MMR 2020, 182.

pflichtenkonzeptes ausgestaltet werden, das einerseits konkret normierte Verkehrspflichten enthält, andererseits aber ebenfalls eine richterrechtlich auszufüllende Generalklausel, um eine technische Fortentwicklung hinreichend erfassen zu können.

Summary

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 the parties' various rights and interests. Legislation governing platform liability must address all of the rights and interests of these affected parties.

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.

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.

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 to codify these solutions accordingly.

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. At the end of the day, the question is 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 the surrounding interests.

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 the current legal situation.

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 should be abandoned.

A recommendable approach is to categorize platform functionalities as transaction-mediating functions, interaction-mediating functions and information-mediating functions, with respective further subcategories.

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.

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.

The duty of care obligations should be accompanied by substantive law guarantees, including particularly recognition of users' legitimate interests and heightened transparency requirements.

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.

Platforms should be bound to accept the decisions of alternative dispute settlement bodies and bear the 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.

Zeitschrift für Geistiges Eigentum

Intellectual Property Journal

Band 13 (2021), Nr. 1

Die Zeitschrift für Geistiges Eigentum (ZGE) bietet als forschungsorientierte Zeitschrift ein Forum für grundlagenorientierte Abhandlungen zum Patentrecht, Urheberrecht, Kennzeichenrecht und zu verwandten Rechtsgebieten. Dabei stehen nicht nur Fragen des geltenden Rechts im Mittelpunkt, sondern auch die rechtshistorischen, rechtsphilosophischen, methodologischen und – insbesondere – ökonomischen Grundlagen. Da das Recht des geistigen Eigentums wie nur wenige andere Rechtsgebiete vom europäischen Gemeinschaftsrecht geprägt ist, soll die Zeitschrift nicht zuletzt einen Beitrag zur Entstehung einer genuin europäischen Dogmatik leisten.

The Intellectual Property Journal (IPJ) is a research-oriented journal dedicated to patents, copyright, trade marks and related areas of law. It provides a forum for articles which analyze fundamental issues of intellectual property law, including its historical, philosophical, methodological and – in particular – economic foundations. Since intellectual property law has been influenced by European Community law to a greater extent than other areas of private law, the journal will also aim at contributing to the development of a genuinely European doctrine.

Herausgeber/ Michael **Grünberger**, Universität Bayreuth
Editors Ruth **Janal**, Universität Bayreuth
Linda **Kuschel**, Bucerius Law School Hamburg
Karl-Nikolaus **Peifer**, Universität Köln
Herbert **Zech**, Humboldt-Universität zu Berlin



Mohr Siebeck

