

Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten

LOUISA SPECHT-RIEMENSCHNEIDER

SUSANNE DEHMEL | PETER KENNING | CHRISTA LIEDTKE |
HANS W. MICKLITZ | SVEN SCHARIOTH

SVRV
SACHVERSTÄNDIGENRAT
FÜR VERBRAUCHERFRAGEN



Zitierhinweis für diese Publikation:

Specht-Riemenschneider, L., Dehmel, S., Kenning, P., Liedtke, C., Hans-W. Micklitz & Scharioth, S. (2020).
Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten.
Veröffentlichungen des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen. Berlin: Sachverständigenrat für
Verbraucherfragen.

Berlin, Juni 2020

Veröffentlichungen des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen

ISSN: 2365-919X

Herausgeber

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen

beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Mohrenstraße 37

10117 Berlin

Telefon: +49 (0) 30 18 580-0

Fax: +49 (0) 30 18 580-9525

E-Mail: info@svr-verbraucherfragen.de

Internet: www.svr-verbraucherfragen.de

Gestaltung: Atelier Hauer+Dörfler GmbH

© SVRV 2020

Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten

LOUISA SPECHT-RIEMENSCHNEIDER

SUSANNE DEHMEL | PETER KENNING | CHRISTA LIEDTKE |
HANS W. MICKLITZ | SVEN SCHARIOTH

Autorenschaft:

Stellungnahme des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen bei dem Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Juni 2020

Federführende Autorin:

Louisa Specht-Riemenschneider

Mit Anmerkungen von:

Susanne Dehmel
Peter Kenning
Christa Liedtke
Hans W. Micklitz
Sven Scharioth

Anmerkungen

Die Sprache in diesem Text ist grundsätzlich geschlechterneutral gemeint. Auf eine durchgehende Nennung der Geschlechter wurde zugunsten der besseren Lesbarkeit verzichtet.

Dank

Unser Dank gilt der Geschäftsstelle des SVRV, insbesondere Frau Jennifer Illesch für die überaus engagierte und schnelle Umsetzung der Layout-Arbeiten. Zudem danken wir der Leiterin der Geschäftsstelle des SVRV, Frau Barbara Leier, LL.M. (Duke University), für ihre wertvolle Unterstützung und die zahlreichen Hinweise bei der Erstellung des vorliegenden Papiers.

Mitglieder und Mitarbeitende des SVRV

Mitglieder des SVRV

Prof. Dr. Peter Kenning (Vorsitzender)

Inhaber des Lehrstuhls für Betriebswirtschaftslehre, insbesondere Marketing, an der Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider (Stellvertretende Vorsitzende)

Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Informations- und Datenrecht an der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Prof. Dr. Nina Baur

Leiterin des Fachgebiets Methoden der empirischen Sozialforschung am Institut für Soziologie der Technischen Universität Berlin

Susanne Dehmel

Rechtsanwältin und Mitglied der Geschäftsleitung von Bitkom e.V.

Prof. Dr. Veronika Grimm

Inhaberin des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, insbesondere Wirtschaftstheorie, an der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Prof. Dr. Christa Liedtke

Leiterin der Abteilung „Nachhaltiges Produzieren und Konsumieren“ am Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie und Professorin für Nachhaltigkeit im Design, Fachbereich Industrial Design an der Folkwang Universität der Künste in Essen

Prof. Dr. Hans W. Micklitz

Professor für Wirtschaftsrecht am Robert Schuman Centre für Advanced Studies des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz und Finland Distinguished Professor, University Helsinki

Sven Scharioth

Bereichsleitung Marktbeobachtung und Mitglied der Geschäftsleitung im Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Prof. Dr. Dr. h. c. Gert G. Wagner

Max Planck Fellow am MPI für Bildungsforschung in Berlin, Research Associate beim Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft in Berlin und Senior Research Fellow bei der Längsschnittstudie Sozio-oekonomisches Panel (SOEP) am DIW Berlin

Mitarbeitende des SVRV

Leiterin der Geschäftsstelle:

Barbara Leier, LL.M. (Duke University)

Wissenschaftlicher Stab der Geschäftsstelle:

Dr. Christian Groß

Sarah Sommer, M.A.

Dr. Patrick Weber

Inhaltsübersicht

I. Problemaufriss	8
1. Fokussierung mehrseitiger Plattformen	9
2. Überblick der betroffenen Rechtsgebiete	9
3. Ziel der Stellungnahme	11
II. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse: Gesamthandlungsempfehlungen	14
III. Gang der Untersuchung	18
IV. Plattformbegriff: Phänomenalisierung	20
V. Rechtliche Regulierung de lege lata und Regulierungsoptionen de lege ferenda	24
1. Vertragsrecht	24
2. Urheberrecht	31
3. Gewerblicher Rechtsschutz	42
4. Lauterkeitsrecht	43
5. Medienprivatrecht	51
6. Datenschutzrecht	69
IV. Fünf Maximen für die Regulierung von Plattformen aus Verbraucherperspektive	74

Inhalt

I. Problemaufriss	8
1. Fokussierung mehrseitiger Plattformen	9
2. Überblick der betroffenen Rechtsgebiete	9
3. Ziel der Stellungnahme	11
II. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse: Gesamthandlungsempfehlungen	14
III. Gang der Untersuchung	18
IV. Plattformbegriff: Phänomenalisierung	20
1. Eigenwahrnehmung von Funktionalitäten oder Mittelungsfunktion?	20
2. Diversität der Mittlerrolle	20
V. Rechtliche Regulierung de lege lata und Regulierungsoptionen de lege ferenda	24
1. Vertragsrecht	24
a) Plattformbegriffsverständnis des Vertragsrechts	24
b) Vertragsschluss	25
c) Typisierung	25
d) Vertragliche Pflichten	26
aa) Leistungspflichten	26
bb) Schutzpflichten	27
(1) Auswirkungen der Meinungsfreiheit auf die vertraglichen Schutzpflichten, § 241 Abs. 2 BGB	28
(2) Beschränkung der vertraglichen Schutzpflichten über AGB	28
e) Auswirkungen auf die Verbraucher – Handlungsempfehlungen	31
2. Urheberrecht	31
a) Plattformbegriffsverständnis des Urheberrechts	31
b) Plattformhaftung de lege lata	31
aa) Täterhaftung	32
bb) Teilnehmerhaftung	33
cc) Störerhaftung	33
c) Tendenzen zur Ausweitung der Plattformbetreiberhaftung	34
d) Plattformhaftung nach der DSM-Richtlinie	34
aa) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten	35
bb) Haftungsbeefreiung	36
(1) Verpflichtende Filtertechniken?	36
(2) Begründungsgebot der Rechteinhaber	36
(3) Kleinstplattformklausel	37
(4) Beeinträchtigung von Nutzerbefugnissen	37
(5) Unionsgrundrechtswidrigkeit des Art. 17 DSM-RL?	39
(a) Erforderlichkeit des Eingriffs	39
(b) Angemessenheit	40
(6) Auswirkungen auf die Verbraucher – Handlungsempfehlungen	42

3. Gewerblicher Rechtsschutz	42
4. Lauterkeitsrecht	43
a) Plattformbegriffsverständnis des Lauterkeitsrechts und Plattformbetreiberhaftung de lege lata	43
aa) Konkretes Wettbewerbsverhältnis	44
bb) Haftung für unlautere Handlungen der Plattformnutzer	45
cc) Erfundene und gekaufte Bewertungen und Likes	45
(1) Erwecken des Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher	45
(2) Unkenntlichkeit des kommerziellen Zwecks einer Bewertung	46
(3) Aggressive geschäftliche Handlungen	47
(4) Irreführung	47
dd) Haftung für eigenes unlauteres Handeln des Plattformbetreibers	49
(1) Erfundene oder manipulierte Äußerungen	49
(2) Privilegierte Darstellung bestimmter Bewertungen	49
(3) Nichterfüllung von Transparenzgeboten	50
(4) Werbung mit „garantiert echten Meinungen“	50
(5) Bildung einer Gesamtnote	51
b) Plattformbetreiberhaftung de lege ferenda	51
5. Medienprivatrecht	51
a) Äußerungsrecht	51
aa) Plattformbegriffsverständnis des Äußerungsrechts	51
bb) Plattformbetreiberhaftung de lege lata	51
(1) Umfang der Prüfpflichten	52
(2) Rechtliche Bewertung einer Äußerung	54
(a) Meinungsäußerungen	54
(b) Tatsachenbehauptungen	55
b) Netzwerkdurchsetzungsgesetz	55
aa) Plattformbegriffsverständnis des NetzDG	56
bb) Plattformhaftung de lege lata	56
(1) Entfernung rechtswidriger Inhalte	57
(2) Auskunftsanspruch	59
(3) Restore-Anspruch und Put-Back-Verfahren	60
cc) Plattformhaftung de lege ferenda	60
(1) Überarbeitung des Begriffsverständnisses „soziale Netzwerke“	61
(2) Aufnahme weiterer Straftatbestände ins NetzDG?	63
(3) Auskunftsanspruch verbessern	64
(4) Restore-Anspruch und Put-Back-Verfahren: Normierung im NetzDG	65
(a) Restore-Anspruch	65
(b) Put-Back-Verfahren	65
(5) Schlichtungsverfahren vorsehen	67
(6) Videosharing-Plattformen entsprechend der AVMD-RL regulieren	67
dd) Auswirkungen auf die Verbraucher – Handlungsempfehlungen	68
6. Datenschutzrecht	69
a) Allgemeine Rechtsprobleme, insbesondere gemeinsame Verantwortlichkeit	69
b) Art. 85 DSGVO	69
aa) Auslegung des Art. 85 DSGVO	69
bb) Einschlägige Rechtsprechung	70
c) Auswirkungen auf die Verbraucher – Handlungsempfehlungen: Erfordernis zweckgebundener Funktionsäquivalenz	71
IV. Fünf Maximen für die Regulierung von Plattformen aus Verbraucherperspektive	74
1. Plattformen dienen unterschiedlichen Funktionen und sollten entsprechend diesen Funktionen reguliert werden	74
2. Regulierung an Funktionen und Risiken orientieren	75
3. Interaktionsfunktionen als öffentliche Kommunikationsräume anerkennen	75
4. Klare Grenzen des Rechtsrahmens ziehen	76
5. Spielräume für Regulierung durch die Mitgliedstaaten bedenken	76





Problemaufriss

Plattformen sind vielzählig und heterogen. Sie erfüllen wichtige Aufgaben und halten eine Vielzahl von Funktionen bereit, die aus Verbrauchersicht wünschenswert und hilfreich sind. Bei Erfüllung dieser Funktionen kann es jedoch auch zu Problemen kommen, aus denen sich regulatorischer Handlungsbedarf ergibt. Wie eine adäquate rechtliche Regulierung aber aussehen kann, ist höchst fraglich. Die hängt auch und gerade damit zusammen, dass das Regulierungsobjekt derzeit nicht konturenscharf umrissen wird. Der Begriff der (Online-)Plattform ist weder in seiner umgangssprachlichen Verwendung noch rechtlich exakt definiert.¹ Eine von der Europäischen Kommission angestoßene öffentliche Konsultation aus dem Jahr 2015 will die „Online-Plattform“ auf ein Unternehmen beziehen, *„das in zwei- oder mehrseitigen Märkten tätig ist und das Internet nutzt, um Interaktionen zwischen zwei oder mehr verschiedenen, jedoch voneinander abhängigen Gruppen von Nutzern² zu ermöglichen, wobei eine Wertschöpfung für mindestens eine der Gruppen entsteht.“* Einige Plattformen seien dabei auch als Vermittler anzusehen.³ Diese Vermittlungstätigkeit ist aber nicht

zwingend, ebenso können Plattformen eigene Leistungen anbieten, z.B. Produkte verkaufen. Selbst wenn Plattformen als Mittler tätig werden, kann auch diese Mittlerrolle sehr verschieden ausfallen. Im Gegensatz zu Plattformen, die Produkte und Dienstleistungen bzw. deren Verkauf/Inanspruchnahme vermitteln, verschaffen beispielsweise Suchmaschinen Zugang zu im Netz auffindbaren Inhalten, soziale Netzwerke und Videoplattformen wiederum mitteln interaktive Inhalte. Entsprechend dieser Funktions- und Inhaltsdiversität findet auch das Gesetz keine einheitliche Terminologie, wenn es Plattformen adressiert. Anders als beispielsweise das Netzwerkdurchsetzungsgesetz bezeichnet der Medienstaatsvertrag soziale Netzwerke und User-Generated-Content-Dienste nicht als Plattformen, sondern als Medienintermediäre. Art. 17 der Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie) adressiert lediglich „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ und schließt bestimmte Plattformen damit von seinem Anwendungsbereich aus.

¹ Auf die bislang fehlende rechtliche Definition verweist auch BT-Drs. 18/10207, S. 47.

² Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

³ Öffentliche Konsultation: Regelungsumfeld für Plattformen, Online-Vermittler, Daten, Cloud Computing und die partizipative Wirtschaft, 2015, S. 5, abrufbar unter: <https://docplayer.org/storage/26/8075915/1581947903/6fb38bd3v17vkeS6cxwhMw/8075915.pdf>, zuletzt abgerufen am 17.02.2020.

1. Fokussierung mehrseitiger Plattformen

Dies zugrunde gelegt, ist es zur rechtlich angemessenen Erfassung von Plattformen zunächst erforderlich, das Regulierungsphänomen konturenscharf zu erfassen. Rechtlich problematisch ist derzeit v.a. die Mittelfunktion von Plattformen, d.h. ihre Rolle als sogenannte mehrseitige Plattformen. Als Gatekeeper⁴ (oder, je nach Blickwinkel, als Gateopener) selektieren inhaltsmittelnde mehrseitige Plattformen aus der Fülle online verfügbarer Inhalte diejenigen Inhalte, nach denen wir entweder aktiv suchen (Pull-Ansatz) oder die sie für unseren Vorlieben entsprechend erachten (Push-Ansatz). Sie ermöglichen – ohne dass ein diesbezüglicher Vorsatz unterstellt werden soll – Rechtsverletzungen durch das Teilen von User-Generated-Content sowie Hasskommentaren und sind medial in vergangener Zeit z.T. auch datenschutzrechtlich aufgefallen. Darüber hinaus ergeben sich bei ihrer Nutzung zunehmend Netzwerkeffekte.

2. Überblick der betroffenen Rechtsgebiete

Mehrseitige Plattformen sind u.a. aus diesen Gründen derzeit Gegenstand umfassender Bemühungen einer rechtlich adäquaten Erfassung, sei es im Vertragsrecht hinsichtlich des Ob und Wie des Abschlusses eines Plattformnutzungsvertrags und der daraus resultierenden Rechte und Pflichten, im Urheberrecht durch Artikel 17 (vormals Artikel 13) der DSM-Richtlinie, durch das bereits in einem aktualisierten Entwurf vorliegende Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) und die zumindest in Teilen im NetzDG geplante Umsetzung der AVMD-Richtlinie sowie kartellrechtlich über den – derzeit ausgesetzten – Beschluss des Bundeskartellamtes, Facebook die Zusammenführung von Nutzerdaten aus verschiedenen Quellen zu verbieten, durch § 19a des Referentenentwurfs der 10. GWB-Novelle und den Abschlussbericht Kommission Wettbewerbsrecht 4.0.⁵

⁴ So die zutreffende Bezeichnung z.B. bei Schütz, MMR 2018, 36, 38; Paal/Hennemann, ZRP 2017, 76, 76; KEK, Von der Fernsehzentrierung zur Medienfokussierung – Anforderungen an eine zeitgemäße Sicherung medialer Meinungsvielfalt, 2015, abrufbar unter: <https://www.kek-online.de/publikationen/medienkonzentrationsberichte/news/fuenfter-konzentrationsbericht-2015/>, zuletzt abgerufen am 11.02.2020; Drexel, ZUM 2017, 529, 537.

⁵ Abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=12, zuletzt abgerufen am 17.02.2020.

Und auch im öffentlichen Medienrecht sowie im Jugendschutz⁶ wird Handlungsbedarf gesehen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass im Urheberrecht ebenso wie im Netzwerkdurchsetzungsgesetz und im Äußerungsrecht insgesamt zwar Tendenzen zu erkennen sind, Plattformen für Rechtsverletzungen (stärker) zur Verantwortung zu ziehen, und über das Kartellrecht einem Marktmachtmisbrauch begegnet werden kann. Einer Regulierung auf all diesen Rechtsgebieten fehlt aber ein (über den Marktmachtmisbrauch hinausgehender) Bezug zur Meinungsbildungsrelevanz und zum Jugendschutz. An die Meinungsbildungsrelevanz von Plattformen knüpft der Medienstaatsvertrag an: Informationsintermediäre bestimmen, welche Informationen zu uns gelangen und welche Reichweite sie erhalten, ohne dass aber stets klar ist, nach welchen Kriterien die angezeigten Inhalte ausgewählt und gelistet werden. Es drohen Eingriffe in den Meinungsbildungsprozess und Meinungsmanipulationen. Sollten vorsortierte und gezielt auf die Interessen und Neigungen der Nutzer zugeschnittene Inhalte z.B. in sozialen Netzwerken tatsächlich zur Verstärkung gleichgerichteter Meinungen führen, wie das BVerfG⁷ es durch die Bildung von Echokammern oder Filterblasen⁸ be-

fürchtet, so dürfte die im Medienstaatsvertrag vorgesehene Information über die zu diesen Sortierungen führenden durch die Algorithmen angewandten Kriterien diesen Effekt wohl nicht verhindern. Denn die wesentlichen Algorithmen, auf die es hier ankommen dürfte, arbeiten mit einer solchen Vielzahl von Kriterien, dass eine Offenlegung dem Nutzer wohl nur schwerlich helfen würde.⁹ Die Informationspflichten sind allerdings auch Grundlage für das ebenfalls im Medienstaatsvertrag vorgesehene Diskriminierungsverbot, das vorgibt, die offenzulegenden Kriterien einhalten zu müssen und Inhalte nicht bewusst und zielgerichtet anderweitig aggregieren, selektieren und präsentieren zu dürfen.¹⁰

Auch produkthaftungsrechtlich wird eine stärkere Inanspruchnahme von Plattformen diskutiert¹¹ und selbst strafrechtlich rücken Plattformen in den Fokus der Regulierung, hat der BGH doch zuletzt den Betreiber einer Darknet-Plattform, über die eine Pistole für einen Amoklauf verkauft wurde, wegen fahrlässiger Tötung verurteilt.¹² In einigen dieser Rechtsgebiete liegt die Regelungskompetenz bei der EU, in anderen ist der nationale Gesetzgeber zuständig.

6 Entwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes, Referentenentwurf des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (Konsolidierte Fassung), Stand: 10.02.2020, abrufbar unter: <https://spielerecht.de/wp-content/uploads/RefE-JuSchG-Stand-10-Feb-2020-konsolidierte-Fassung.pdf>, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

7 Nach einer Studie von Facebook-Mitarbeitern erhalten Facebook-Nutzer allerdings durchaus auch Nachrichten in ihrem Newsfeed, die nicht ihren politischen Grundeinstellungen entsprechen, vgl. *Bakshy/Messing/Adamic*, Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook, Science 348 (6239) 1130–1132 (2015), abrufbar unter: <https://science.sciencemag.org/content/348/6239/1130.full>, zuletzt abgerufen am 11.02.2020; auf diese Studie nimmt auch *Drexler* Bezug: ZUM 2017, 529, 531.

8 *Beck*, ZRP 2019, 112, 114; *Paal/Hennemann*, ZRP 2017, 76, 76.

9 *Drexler*, ZUM 2017, 529, 533.

10 Zur Intermediärsregulierung durch den Medienstaatsvertrag vgl. u.a. *Cornils*, ZUM 2019, 89 ff.; *Schwartzmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498 ff.

11 Hierzu eingehend: *Busch*, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., 22.11.2019, S. 5 ff, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

12 BGH, Beschl. v. 06.08.2019 – 1 StR 188/19.

3. Ziel der Stellungnahme

Das Ziel der Stellungnahme ist zweigeteilt. Sie soll in einem ersten Schritt den Plattformbegriff nach Funktionalitäten aufgliedern, um das Regulierungsphänomen präzise erfassen zu können. Dabei erfolgt im Wesentlichen eine Dreiteilung in interaktionsmittelnde, transaktionsmittelnde und informationsmittelnde Plattformfunktionalitäten. Diese Abgrenzung ist dem Umstand geschuldet, dass sich im Hinblick auf die Vermittlung von Interaktionen, Transaktionen und Informationen ganz unterschiedliche rechtliche Fragen und Handlungsbedarfe ergeben.

Ziel der Stellungnahme ist darauf aufbauend zweitens eine holistische Analyse der privatrechtlichen Haftung interaktionsmittelnder Plattformen wie sozialer Netzwerke und Videoplattformen bzw. ihrer Betreiber *de lege lata* sowie der Regulierungsoptionen *de lege ferenda*.

Die Stellungnahme verfolgt damit einerseits einen explikativen Ansatz, ist im Schwerpunkt aber eine rechtsdogmatische Analyse der geltenden Rechtslage sowie eine rechtspolitische Aufarbeitung der Regulierungsoptionen. Die privatrechtliche Haftung von Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion grenzt sich ab von der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Plattformen sowie von den behördlichen Regelungsbefugnissen gegenüber Plattformen und der steuerrechtlichen Verantwortlichkeit von Plattformen, die hier jeweils nicht erörtert werden. Die Tatsache, dass §§ 25e, 25f UStG n.F. vorsehen, dass Plattformbetreiber unter bestimmten Umständen für nicht entrichtete Steuer aus der Lieferung eines Unternehmers, die auf dem von ihm bereitgestellten Marktplatz rechtlich begründet worden ist, haften, darf hier aber jedenfalls erwähnt sein. Die Kommission hat Deutschland allerdings bereits aufgefordert, das gesetzgeberische Tätigwerden rückabzuwickeln.¹³ Die EU-Mitgliedstaaten haben sich auf gemeinsame Maßnahmen zur Bekämpfung von Mehrwertsteuerbetrug geeinigt, die am 1. Januar 2021 in Kraft treten.¹⁴

13 Europäische Kommission, Aufforderung: Widerruf der jüngsten Gesetzesänderungen zulasten europäischer Unternehmen, die online Waren an deutsche Verbraucher verkaufen, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/INF_19_5950, zuletzt abgerufen am 11.02.2020.

14 Richtlinie (EU) 2017/2455 des Rates vom 5. Dezember 2017 zur Änderung der Richtlinie 2006/112/EG und der Richtlinie 2009/132/EG in Bezug auf mehrwertsteuerliche Pflichten für die Erbringung von Dienstleistungen und für Fernverkäufe von Gegenständen, ABl. EU 2017 v. 29.12.2017, Nr. L 348/7.

Auch das Kartellrecht als besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht sowie das öffentliche Medienrecht (insb. der ohnehin bereits verabschiedete Medienstaatsvertrag sowie der Referentenentwurf eines zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes) werden nicht explizit adressiert, auch wenn die grundsätzlichen Schlussfolgerungen dieser Stellungnahme auch auf diese Rechtsgebiete übertragbar sind.

Die vorgenommene Beschränkung auf die privatrechtliche Haftung von Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion ist mehreren Umständen geschuldet: Erstens besteht hier aus Sicht des Sachverständigenrates eine Gefährdung von Verbraucherinteressen,¹⁵ die in der rechtspolitischen Diskussion bislang nicht ausreichend berücksichtigt scheint. Anders als beispielsweise für transaktionsmittelnde Plattformfunktionen¹⁶ oder auch für die kartellrechtliche Betrachtung von Plattformen¹⁷ liegen im Bereich der privatrechtlichen Haftung von Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion aber zweitens auch keine umfassenden Gutachten politischer Beratungsgremien vor, sodass diese Stellungnahme auch Lückenschließungsfunktion hat. Die Beschränkung ist drittens jedenfalls auch adressatenbedingt. Denn dem Bund fehlt die Gesetzgebungszuständigkeit für das öffentliche Medien- und Presserecht, das durch den Landesgesetzgeber auszugestalten ist.

Die privatrechtliche Dimension der Haftung von Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion bzw. ihrer Betreiber bezieht sich aber selbstverständlich auch auf das private Medienrecht, wobei hier neben der Täter- und Störerhaftung des Plattformbetreibers insbesondere das Netzwerkdurchsetzungsgesetz angesprochen ist, das zumindest auch Normen mit Bezug zur privatrechtlichen Rechtsdurchsetzung enthält, die Gegenstand dieser Stellungnahme sind. Die Auslegung des Art. 85 DSGVO (sogenanntes Medienprivileg) und damit die Frage, wer von den Vorgaben des Datenschutzrechts befreit werden kann – was ebenfalls für die privatrechtliche Inanspruchnahme von Plattformen relevant sein kann –, unterliegt zwar der Deutungshoheit des EuGH, die vorliegende Stellungnahme will diese aber zumindest antizipieren, um dem nationalen Gesetzgeber die Ausgestaltungs- und Argumentationsmöglichkeiten aufzuzeigen.

15 Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Wir bitten um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes; der Begriff des Verbrauchers und des Nutzers wird in dieser Stellungnahme synonym verwendet.

16 Hierzu eingehend: *Busch*, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., 22.11.2019, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

17 Ein neuer Wettbewerbsrahmen für die Digitalwirtschaft, Abschlussbericht der Kommission Wettbewerbsrecht 4.0, abrufbar unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Publikationen/Wirtschaft/bericht-der-kommission-wettbewerbsrecht-4-0.pdf?__blob=publicationFile&v=12, zuletzt abgerufen am 17.02.2020.





Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse: Gesamthandlungsempfehlungen¹⁸

Jegliche Bemühungen um eine adäquate rechtliche Adressierung von interaktionsmittelnden Plattformen konzentrieren sich derzeit auf ein einzelnes Rechtsgebiet, ohne dabei die Auswirkungen und Querbeziehungen zu anderen Rechtsgebieten zu beachten. Es lassen sich aber aus der Zusammenschau der Einzelanalysen der jeweiligen Rechtsgebiete durchaus gemeinsame Leitlinien erkennen, die sich der Regulierung von Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion insgesamt zugrunde legen ließen. Diese gemeinsamen Leitlinien sollen der Stellungnahme als ihr Ergebnis vorangestellt werden. Es handelt sich um Vorschläge horizontaler Grundprinzipien, nach denen sich eine Regulierung interaktionsmittelnder Plattformen richten sollte und deren wesentlichste Forderung der Übergang zu einer funktionsadressierten Regulierung von Plattformen ist. Diese Gesamthandlungsempfehlungen fordern gerade dazu auf, neben horizontalen Grundprinzipien Platz zu lassen für sektorspezifische Regulierung, die den Bedürfnissen und Besonderheiten der Einzelrechtsgebiete Rechnung trägt. Die entwickelten horizontalen Grundprinzipien treten nicht in Konkurrenz zu dieser (z.T. bereits existierenden) sektor- bzw. rechtsgebietsspezifischen Regulierung, horizontale Grundsatzvorgaben und sektorspezifische Regulierung ergänzen sich vielmehr. Dieses Gesamtkonzept sollte einen Ausgleich der Rechte und Interessen sowohl der Plattformbetreiber und der Rechteinhaber als auch der Verbraucher finden, denn die Rechte und Interessen jeder dieser Parteien sind unionsgrundrechtlich sowie grundgesetzlich geschützt. Die Interessen der Plattformbetreiber werden über Art. 16 GRCh erfasst, die Interessen der Rechteinhaber z.B. über Art. 17 GRCh, die Interessen der Verbraucher im Wesentlichen über

Art. 8 und 11 GRCh. In den Bereichen, die unionsrechtlich nicht vordeterminiert sind, sind die auszugleichenden Rechte und Interessen freilich den nationalen Grundrechten zu entnehmen. Vor diesem Hintergrund sollten horizontale Grundsatzvorgaben aus folgenden Mindestinhalten bestehen:

- Keine anlasslosen Prüfpflichten vorsehen: Anlasslose Prüfpflichten sind mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken für die Plattformbetreiber verbunden. Ein vielfältiges Angebot von Plattformen liegt aber auch im Verbraucherinteresse und sollte durch zu weitreichende Prüfpflichten nicht gefährdet werden.
- Keine Übertragung von Filterpflichten auf andere Rechtsgebiete: Die in Art. 17 DSM-Richtlinie enthaltene Vorgabe von Filterpflichten sollte aufgrund ihrer Grundrechtssensibilität nicht auf andere hier betrachtete Rechtsgebiete übertragen werden.
- Sofern Filterpflichten bereits verpflichtend sind, sind die durch sie verursachten Nachteile für Verbraucher durch die Stärkung materieller Rechtspositionen, durch umfassende Verfahrensvorgaben und Begleitmaßnahmen zu kompensieren. Dabei sollte stets auch die Rechtsdurchsetzung durch Verbraucherschutzorganisationen als Option bedacht werden.
- Keine undifferenzierte Täterhaftung von Plattformen vorsehen: Die undifferenzierte Ausgestaltung der Plattformbetreiberhaftung als Täterhaftung zwingt Plattformen faktisch zum Einsatz von Fil-

¹⁸ Die Gesamthandlungsempfehlungen in Ziffer II werden vom Bitkom e. V. nicht mitgetragen. Trotz teils auch aus Perspektive der Plattformen positiver Empfehlungen kann das Grundkonzept einer differenzierten Täterhaftung nicht unterstützt werden. Dies führt je nach Rechtsverletzung zu einem derart großen unternehmerischen Risiko bis hin zu dem Risiko einer strafrechtlichen Haftung, dass es den Aufbau von Plattformen unmöglich macht.

tersystemen und führt durch ein zu befürchtendes Overblocking zu einer verminderten Verfügbarkeit auch rechtmäßiger Inhalte für Verbraucher. Wo eine Ausweitung der Plattformbetreiberhaftung zu einer Täterhaftung noch nicht durch den Gesetzgeber (wie im Urheberrecht) stattgefunden hat, dies in Anlehnung an die Tendenzen in der Rechtsprechung aber erwogen wird, empfiehlt sich daher nur das aus dem Lauterkeitsrecht bekannte System einer Täterhaftung für Verkehrspflichtverletzungen. Die erforderliche Verkehrspflichtverletzung ist notwendiges Korrektiv der Haftungsausweitung und vermeidet das Erfordernis von Filtersystemen, sofern die Verkehrspflichten entsprechend ausgestaltet werden.

- Werden die (in erheblichem Umfang schon heute jedenfalls im nationalen Recht bestehenden) Verkehrspflichten erfüllt, haftet der Plattformbetreiber weder auf Schadensersatz noch auf Unterlassung für Rechtsverletzungen. Durch entsprechende Ausgestaltung der Verkehrspflichten sollte die prekäre Anreizstruktur des derzeitigen Haftungssystems, Inhalte möglichst nicht vorab zu prüfen, um ein Zueigenmachen zu vermeiden, entfallen. Die Haftung auf Auskunft sollte unabhängig von einer Verkehrspflichtverletzung bestehen.
- Umfang und Reichweite der Verkehrspflichten sind stets Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, ein Katalog mit Regelbeispielen, die mit bestimmten Verkehrspflichten verknüpft werden, könnte für die erforderliche Rechtssicherheit sorgen.¹⁹ Die Regelbeispiele könnten sich gerade auch an den Funktionalitäten der Plattformen ausrichten und die Kriterien kodifizieren, die sich in der Störerhaftung und der Haftung für Verkehrspflichtverletzungen bereits herausgebildet haben. Dazu gehört die Gefahrgeneigtheit der Plattformfunktionalität, die auch daran zu bemessen ist, wel-

chen Anreiz sie zur Verletzung von Rechten Dritter gibt.²⁰ Auch der mit Nutzerbeiträgen realisierte Umsatz einer Plattform könnte nach Verhältnismäßigkeitserwägungen als relevantes Kriterium zur Bestimmung von Umfang und Reichweite der Verkehrspflichten herangezogen werden. Dies würde der ökonomischen Grundannahme Rechnung tragen, dass Rendite und (Haftungs-)Risiko im Zusammenhang stehen. Im Urheberrecht wird zumindest die Gewinnerzielungsabsicht als haftungsrelevantes Kriterium herangezogen.²¹ In der Rechtssache L'Oréal/Ebay²² hat der EuGH bereits dargelegt, dass sich die Verkehrspflichten zumindest nicht allein auf ein Abstellen der Rechtsverletzung beschränken, sondern dass auch eine Erstreckung auf die Verhinderung gleichartiger Rechtsverletzungen erforderlich ist (notice and staydown). Auch für das Äußerungsrecht hat der EuGH dies zuletzt bestätigt.²³

- Eine der lauterkeitsrechtlichen Täterhaftung entsprechende Haftung von Plattformen kann nach den Grundsätzen der dreifachen Schadensberechnung immense Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. Dies kann jedenfalls kleine oder mittlere Plattformbetreiber so sehr belasten, dass ihre Geschäftsmodelle eingestellt oder gar nicht erst aufgenommen werden. Plattformen bieten aber eine Reihe an Funktionen, an denen Verbraucher ein erhebliches Interesse haben. Eine Reduzierung der Geschäftsmodelle wäre diesem Interesse nicht dienlich. Daher ist mit *Ohly*, der dies bereits 2014 für die Vermittlerhaftung vorschlug, darüber nachzudenken, ob der Maßstab des für den Schadensersatzanspruch erforderlichen Verschuldens anzuhoben ist. Denn jedenfalls im Urheberrecht gelten solch strenge Anforderungen an den Verschuldensmaßstab, dass eine Schadensersatzhaftung für fahrlässige Verletzungshandlungen faktisch einer Gefährdungshaftung gleichkäme.²⁴

19 So zutreffend: *Spindler*, MMR 2018, 48, 52.

20 So bereits 2014: *Ohly*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Band I: Gutachten/Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, S. F 106.

21 EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ZUM 2016, 975 Rn. 49 ff. = ECLI:EU:C:2016:644 – GS Media.

22 EuGH Urt. v. 12.07.2011 – RS 324/09.

23 EuGH Urt. v. 03.10.2019 – C-18/18 – *Glawischig-Piesczek*, MMR 2019, 798

24 *Ohly*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Band I: Gutachten/Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, S. F 107, 108.

- Die E-Commerce-Richtlinie ist in ihren Haftungsprivilegierungstatbeständen zu überarbeiten: Die Unterscheidung von Plattformen in aktiver und passiver Rolle ist zu statisch, das Rollenverständnis als Host-, Access- oder Cache-Provider ein zu starres Korsett für die häufig multifunktionalen Plattformercheinungen.²⁵ Das derzeitige System der Haftungsprivilegierung setzt darüber hinaus falsche Anreize, weil es auch jede positive Einflussnahme auf Nutzerbeiträge (z.B. die Entschärfung persönlichkeitsrechtsverletzender Beiträge) durch den Entfall der Haftungsprivilegierung bestraft.²⁶ Auch hier ließe sich funktionsgerichtet und differenziert danach regulieren, ob eine und ggf. welche Mittelfunktion zur Rechtsverletzung führt: Beispielsweise wirft die Suchfunktion in der Regel kleinere Rechtsprobleme auf als die Funktion der Interaktionsmittlung. Beide Funktionen können aber auf derselben Plattform vereinigt sein, sodass diese Plattform in Abhängigkeit von der konkret betroffenen Funktion auf verschiedene Haftungsprivilegierungen verwiesen sein sollte.
- Der Gesetzgeber sollte generell und für alle hier thematisierten Rechtsgebiete das Plattformdesign adressieren. Als Vorbildregelung könnten Art. 25 DSGVO sowie Art. 28b AVMD-RL dienen.
- Für die Zustellung von Klagen, Urteilen, Beschlüssen sowie für jedes andere Schriftstück an Plattformen sollte generell und nicht nur im Anwendungsbereich des NetzDG eine in Deutschland ansässige zustellungsbevollmächtigte Stelle benannt werden müssen, damit sich interaktionsmittelnde Plattformen einer möglichen Rechtsdurchsetzung in Deutschland nicht entziehen können.
- Klagen, Abmahnungen, Urteile, Beschlüsse sowie auch jedes andere Schriftstück sollten daher entsprechend der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf²⁷ auch in deutscher Sprache zugestellt werden können, wenn die Plattform einen Dienst in deutscher Sprache betreibt, der sich auch an deutsche Verbraucher richtet und in Deutschland in Anspruch genommen werden kann.

25 So auch: *Spindler*, MMR 2018, 48, 52.

26 *Leistner*, ZUM 2016, 580, 585, der das Fehlen eines „good samaritan“-Privilegs zur Berücksichtigung von Eigenbemühungen der Provider beklagt.

27 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2019 – I-7 W 66/19.





Gang der Untersuchung

Im folgenden Hauptteil des Gutachtens wird zunächst der Plattformbegriff grundlegend phänomenalisiert (IV.). Anschließend sollen die rechtliche Regulierung von Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion de lege lata sowie Regulierungsoptionen de lege ferenda im Vertragsrecht, im Urheberrecht, im Gewerblichen Rechtsschutz, im Lauterkeitsrecht und im Medienprivatrecht aufgezeigt (V.) und hierbei jeweils

Handlungsempfehlungen im Verbraucherinteresse aufgezeigt werden. Die Stellungnahme entwickelt sodann aus der Zusammenschau der Einzelanalysen und den vorangestellten rechtsgebietsübergreifenden horizontalen Grundprinzipien verbrauchergerechter Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten fünf zentrale verbraucherpolitische Maximen zur adäquaten Plattformregulierung (VI.).

IV



IV

Plattformbegriff: Phänomenalisierung

Zu unterscheiden sind zunächst Plattformen im materiellen Sinne und Plattformen im technischen Sinne. Plattformen im technischen Sinne beschreiben Software, die als Basis für die Entwicklung von Anwendungen dient, die also technische Grundlage z.B. von Online-Marktplätzen ist.²⁸ Plattformen im materiellen Sinne hingegen beschreiben die inhaltliche Tätigkeit der Plattform.

Sofern sich bei der Nutzung von Plattformen rechtliche Probleme ergeben, leitet sich hieraus regulatorischer Handlungsbedarf in der Regel nicht für die Plattform an sich, sondern zumeist ausschließlich für einzelne Funktionen ab. Eben diese Funktionen sollten daher auch regulatorisch adressiert werden. Welche der von Plattformen wahrgenommenen Funktionen welche Rechtsfragen aufwerfen, lässt sich nur durch eine differenzierte Betrachtung ermitteln. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht sind dabei zwei grundsätzliche Unterscheidungen erforderlich:

1. Eigenwahrnehmung von Funktionalitäten oder Mittelungsfunktion?

Einerseits ist eine Unterscheidung in Plattformfunktionalitäten erforderlich, die die Plattform selbst ausfüllt (einseitige Plattformfunktionalität), und solche Funktionen, in denen sie lediglich eine Mittlerrolle einnimmt (mehreseitige Plattformfunktionalität).²⁹ So besteht z.B. die Möglichkeit, mit dem Plattformanbieter selbst Kaufverträge o.a. Verträge abzuschließen. Auch ein Ranking von Inhalten nach bestimmten Kriterien nimmt die

Plattform selbst vor. Andererseits können Nutzer aber auch über eine Plattform Verträge untereinander abschließen. Die Plattform wird hier in ihrer Mittlerrolle tätig. Auch von der Plattform gerankte Inhalte werden vom Nutzer bereitgestellt. In Bezug auf die Ausgestaltung dieser Inhalte nimmt die Plattform ebenfalls eine Mittlerrolle ein. Dies sollte unabhängig davon gelten, ob die Plattform Inhalte vor ihrer Onlinestellung überprüft und ggf. abändert. Abgestellt werden sollte im Gegensatz zur Rechtslage *de lege lata* nicht auf eine wertende Betrachtung, sondern rein formal darauf, ob die Plattform eine Interaktion zwischen Nutzern ermöglicht oder Funktionen selbst wahrnimmt.

2. Diversität der Mittlerrolle

Im Hinblick auf diese Mittlerrolle ist die Unterscheidung von Transaktionsfunktion, Informationsfunktion und Interaktionsfunktion wesentlich (wobei es nicht ausgeschlossen ist, dass es weitere noch nicht erfasste Plattformfunktionen geben kann und die Funktionen auf den Plattformen sowohl zentral als auch untergeordnet sein können). Eine Plattform kann dabei nur eine oder auch mehrere dieser Funktionen erfüllen. Bei funktionszentrierter Regulierung muss sie sich entsprechend an alle Vorgaben halten, die sich an die durch sie erfüllten Funktionen richten. Die beschriebenen Mittelungsfunktionen lassen sich wie folgt präzisieren:

a) Transaktionsmittelnde Funktionen geben Nutzern (privaten oder gewerblichen) die Möglichkeit, mit anderen Nutzern (privaten oder gewerblichen Anbietern) Transaktionen abzuschließen, etwa Verträge einzugehen. Derartige Transaktionsfunktionen finden sich z.B. auf Handelsplattformen für Waren oder Dienstleis-

28 IT-Plattformen für die Smart Service Welt, https://www.acatech.de/wp-content/uploads/2018/03/IT-Plattformen_DISKUSSION_WEB.pdf, zuletzt abgerufen am 17.02.2020.

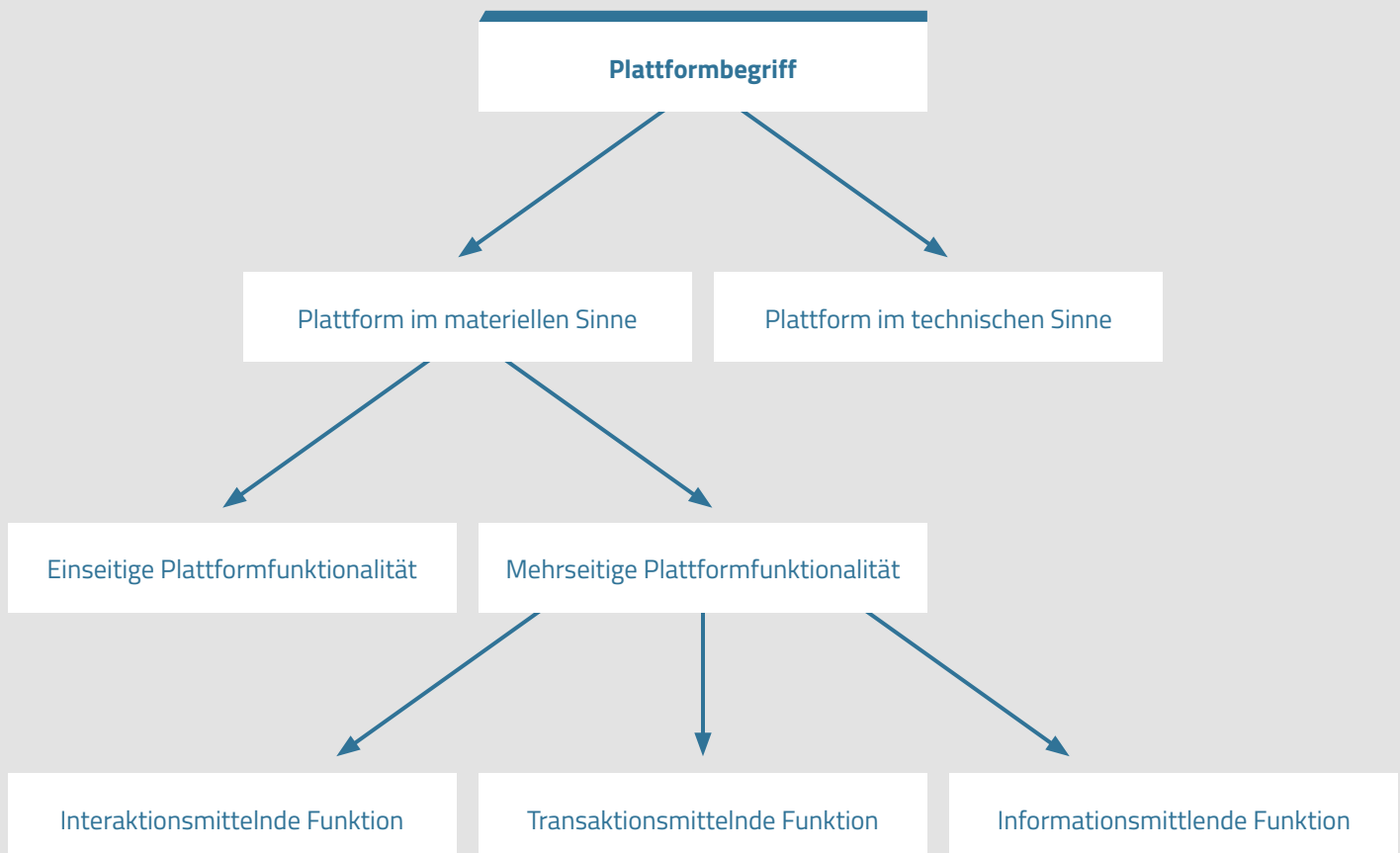
29 *Berberich* will in diesem Sinne differenzieren in „Inhalteanbieter“, die im Wesentlichen die einseitige Plattform beschreiben dürften, sowie Infrastrukturdienstleister, die gleichbedeutend sein dürften mit mehrseitigen Plattformen, vgl. GRUR-Prax 2017, 269, 269.

tungen. Die bloße Funktion der Weiterleitung auf eine Plattform, auf der Transaktionen vorgenommen werden können, z.B. über einen Link, fällt dagegen nicht unter die transaktionsmittelnde Funktion.

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

c) Interaktionsmittelnde Funktionen 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.

Abbildung 1: Differenzierung von Plattformen und Plattformfunktionalitäten



1. Vertragsrecht	24
2. Urheberrecht	31
3. Gewerblicher Rechtsschutz	42
4. Lauterkeitsrecht	43
5. Medienprivatrecht	51
6. Datenschutzrecht	69





Rechtliche Regulierung de lege lata und Regulierungsoptionen de lege ferenda

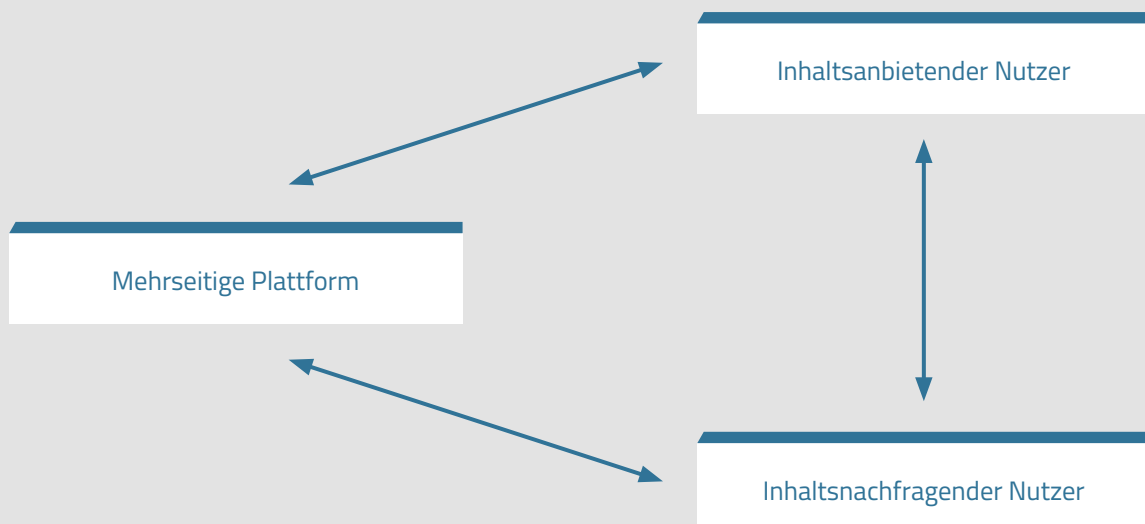
1. Vertragsrecht

a) Plattformbegriffsverständnis des Vertragsrechts

Ein Plattformnutzungsvertrag ist im Gesetz nicht typisiert, das vertragsrechtliche Verständnis der Plattform insofern rechtlich nicht abschließend definiert. Im Rahmen von Vertragsschlüssen mit einseitigen Plattformen kommt i.d.R. lediglich ein (zumeist typisierter) Vertrag (häufig ein Kaufvertrag) zwischen dem Plattformbetreiber und dem Kunden auf elektronischem Wege zustande. Der mehrseitigen Plattform im materiellen

Sinn liegt dagegen mindestens ein Dreiecksverhältnis der Beteiligung zugrunde. Beteiligt sind neben der Plattform als Mittler der inhaltsnachfragende Nutzer und der inhalts anbietende Nutzer, wobei inhaltsnachfragender und inhalts anbietender Nutzer erst aufgrund der Plattform in unmittelbaren Kontakt treten. Entsprechend ist bei der Regulierung von Plattformen mindestens ein tripolarer Interessenausgleich vorzunehmen. Gegebenenfalls besteht mit dem Werbetreibenden ein weiterer Beteiligter, der ebenfalls zu berücksichtigen ist, der Beziehungen sowohl zur Plattform als auch zum inhaltsnachfragenden Nutzer unterhält, in der Regel aber mit dem inhalts anbietenden Nutzer nicht in unmittelbare rechtliche Beziehung tritt.

Abbildung 2: Beteiligungsdreieck bei Nutzung einer Plattform mit interaktionsmittelnder Funktion



Das Verhältnis zwischen Plattformbetreiber und Nutzer wird auch als Nutzungsverhältnis bezeichnet. Gehen die Nutzer untereinander Verträge ein, spricht man vom Marktverhältnis³⁰.

b) Vertragsschluss

Unbestritten dürfte jedenfalls in der Rechtsprechung mittlerweile sein, dass im Falle der Registrierung auf einer mehrseitigen Plattform, die als Interaktionsmittler oder Transaktionsmittler tätig wird, ein Plattformnutzungsvertrag zustande kommt.³¹ Die entsprechende einen Rechtsbindungswillen beinhaltende Erklärung kann entweder bereits in der Bereitstellung einer mehr oder weniger ausführlichen Anmeldemaske unter Hinweis auf die Nutzungsbedingungen gesehen werden,³² jedenfalls aber in der auf die Registrierung gerichteten Erklärung des Nutzers,³³ denn dieser Erklärung kann grundsätzlich entnommen werden, dass der Nutzer ein Interesse daran hat, dass von ihm angelegte Inhalte dauerhaft auf der Plattform verbleiben und nicht willkürlich gelöscht werden dürfen. Um der Bindung des Plattformbetreibers willen wird auch er sich rechtlich binden wollen. Auch der Plattformbetreiber wird den Nutzer regelmäßig an von ihm vorgegebene Nutzungsbedingungen binden und im Falle eines Verstoßes entsprechende Ansprüche geltend machen wollen, sodass ein Rechtsbindungswille des Plattformbetreibers aus Sicht eines objektiven Beobachters zumindest in der Freischaltung des Accounts in der Regel bejaht werden muss.³⁴

Der Nutzung einer reinen Suchmaschine wird ein Rechtsbindungswille dagegen kaum entnommen werden können, sodass im Falle der Nutzung einer rein informationsmittelnden Plattform, wie einer Suchmaschine, ein Plattformnutzungsvertrag in der Regel nicht zustande kommt.³⁵

c) Typisierung

Die Qualifikation des Marktverhältnisses **zwischen den Nutzern** hängt von der konkreten Ausgestaltung des Vertrags ab, bei über Transaktionsfunktionen geschlossenen Verträgen wird es sich häufig um einen Kaufvertrag handeln. Das Nutzungsverhältnis zwischen interaktionsmittelnder Plattform und Nutzer wird in der Regel als Vertrag sui generis mit Elementen des Werk- und Dienstvertrages ausgestaltet sein.

Vermittelt die Plattform Transaktionen, so ist auf das Vertragsverhältnis **zwischen Plattformbetreiber und Nutzer** dann Maklerrecht anzuwenden, wenn ein vom Vermittlungserfolg abhängiges Entgelt gezahlt und dementsprechend der Nachweis der Vermittlung geschuldet ist.³⁶ Sind die wesentlichen Merkmale des Maklervetrages nicht erfüllt, etwa weil ein erfolgsunabhängiges Entgelt vereinbart wird, bestimmt sich der Vertragstypus im Einzelfall.³⁷ Häufig wird ein typenmischer Vertrag vorliegen.³⁸

30 Biallaß, Das Vertragsverhältnis zwischen Plattformbetreiber und Nutzer, in: Borges, Rechtsfragen der Internet-Auktion, 2. Aufl. 2014, S. 61 ff.; Keim, Internet-Auktionen, in: Lehmann/Meents, Handbuch des Fachanwalts für Informationstechnologierecht, 2. Aufl. 2011, Kap. 14 Rn. 21; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas-Specht-Riemenschneider, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 10, 17.

31 Vgl. z.B. OLG München ZUM 2019, 269; OLG Stuttgart NJW-RR 2019, 35; LG Köln ZD 2019, 235.

32 Dagegen: Maume, MMR 2007, 620, 621; auf die Grundsätze des Geschäfts für den, den es angeht, abstellend: Feldmann/Heidrich, CR 2006, 406, 410.

33 LG München I, Urt. v. 25.10.2006 – 30 O 11973/05, ZUM-RD 2007, 261, 267; vgl. auch: Röhrich/Graf von Westphalen/Haas-Specht-Riemenschneider, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 8.

34 LG München I, Urt. v. 25.10.2006 – 30 O 11973/05, ZUM-RD 2007, 261, 267; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas-Specht-Riemenschneider, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 8; vgl. auch: Specht, Diktat der Technik, 2019, S. 41.

35 Specht, Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts, in: Briner/Funk, DGRI Jahrbuch 2017, S. 64, 69 f. Rn. 6.

36 Bräutigam/Rücker-Sobola, E-Commerce, 2017, Teil 5 Vergleichsportale Rn. 10, 12; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas-Specht-Riemenschneider, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 29; Busch, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., 22.11.2019, S. 24 ff, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

37 Röhrich/Graf von Westphalen/Haas-Specht-Riemenschneider, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 29.

38 Leible/Sosnitz-Hoffmann, Versteigerungen im Internet, 2004, Teil 3 Rn. 109; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas-Specht-Riemenschneider, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 29.

d) Vertragliche Pflichten

aa) Leistungspflichten

Primäre Leistungspflicht auf Seiten eines interaktionsmittelnden Plattformbetreibers ist die Gewährung des Nutzerzugangs zur Plattform.³⁹ Er hat weiterhin für den ungestörten organisatorischen Ablauf der Nutzungsmöglichkeit und die technische Funktionsfähigkeit zu sorgen.⁴⁰

Welche Leistungspflicht des Nutzers besteht, ist dagegen nicht abschließend geklärt⁴¹ und orientiert sich maßgeblich anhand der Einzelfallumstände, insb. der Parteierklärungen. Es könnte sich einerseits um einen einseitig verpflichtenden Vertrag handeln, sodass den Nutzer seinerseits keine vertragliche Hauptleistungspflicht trifft. Die Leistung der interaktionsmittelnden Plattform würde insofern kostenlos erbracht. Dies bildet die Realität indes nicht angemessen ab. Der Nutzer ist entweder verpflichtet, als Gegenleistung die vom Plattformbetreiber nachgefragten personenbezogenen Daten zur Verfügung zu stellen oder aber zusätzlich auch die Einwilligungserklärung zur Nutzung dieser Daten zu erteilen.

Ob die Zurverfügungstellung von Daten und/oder die Erteilung der Einwilligung als Leistungspflicht des Nutzers als echte Gegenleistung konkret geschuldet ist, ist auch durch Auslegung der vertraglichen Vereinbarungen und der datenschutzrechtlichen Vorgaben zu ermitteln.

Bei Auslegung der auf den Vertragsschluss gerichteten Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB kommen jedenfalls als Gegenleistung nur solche Daten in Betracht, die nicht für die Registrierung des Nutzers und die Vertragsabwicklung erforderlich sind. Aus verbraucherrechtlicher Perspektive zwingend erforderlich ist hier die enge Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO, da die Einwilligung anderenfalls für im Rah-

men eines Vertragsverhältnisses hingegebene Daten obsolet würde, was dem Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechtes mangels Widerrufsmöglichkeit gerade abträglich wäre. Eine weite Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSGVO läuft damit dem zentralen Schutzzweck der DSGVO zuwider.⁴² Auch bei der Umsetzung der Digitale-Inhalte-Richtlinie sollte dem – so weit wie möglich – Rechnung getragen werden.

Legt man die Willenserklärungen der Vertragsparteien in einer Vielzahl heute anzutreffender Fallgestaltungen gem. §§ 133, 157 BGB aus, so liegt es nahe, dabei zu dem Ergebnis zu kommen, dass auch die Erklärung der datenschutzrechtlichen Einwilligung in die Nutzung dieser Daten als Gegenleistung geschuldet ist,⁴³ ist diese doch jedenfalls bei Nichtvorliegen gesetzlicher Erlaubnistatbestände erforderlich, um die Daten überhaupt verarbeiten zu dürfen. Eine solche rechtmäßige Datenverarbeitung wird vom Plattformbetreiber aber regelmäßig intendiert sein.⁴⁴ Die Nutzer werden durch die Datenschutzerklärung auch über die Nutzung ihrer Daten informiert, aber ohnehin dürfte es sich den Nutzern digitaler Dienste aufdrängen, dass personenbezogene Daten nicht ohne eine entsprechende Absicht des Diensteanbieters eingeholt werden, die Daten auch zu verarbeiten. Diese Ansicht, die Einwilligungserklärung als geschuldete Gegenleistung zu erachten, birgt jedoch erhebliches Missbrauchspotential: Auf ihrer Basis ließe sich argumentieren, dass die als Gegenleistung geschuldete Einwilligung entgegen den datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht widerrufen werden kann. Dies ist in jedem Fall zu vermeiden. Ganz im Gegenteil müsste dann, wenn die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag hingegeben werden könnte, dafür gesorgt werden, dass das geltende Datenschutzrecht auch im zivilrechtlichen Vertrag nicht minder zur Geltung gelangt. Außerdem wirft die Möglichkeit, die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag erklären zu können, die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit dieser Gegen-

39 Söbbing/Jakob, InTeR 2016, 149, 150.

40 Leible/Sosnitzer-Hoffmann, Versteigerungen im Internet, 2004, Teil 3 Rn. 104; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas-Specht-Riemenschneider, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 17.

41 Dazu: Specht, Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts, in: Briner/Funk, DGRI Jahrbuch 2017, S. 64, 70 Rn. 8.

42 Zum Erfordernis einer engen Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. b vgl. auch Kühling/Buchner-Buchner/Petri, DS.GVO. Art. 6 Rn. 40 ff.; Specht/Mantz-Specht, Handbuch Datenschutzrecht, § 9 Rn. 48 ff.

43 A.A. Hoeren/Sieber/Holznagel-Redeker, Handbuch Multimedia-Recht, 50. EL Oktober 2019, Teil 12 Rn. 428.

44 Vgl. hierzu umfassend: Specht, JZ 2017, 763 ff.

leistung auf, insbesondere die Frage der Vereinbarkeit mit dem Koppelungsverbot. Die Art.-29-Datenschutzgruppe hat sich aus nachvollziehbaren Gründen zuletzt insgesamt gegen die Möglichkeit ausgesprochen, die Einwilligung als Gegenleistung im Vertrag anzuerkennen,⁴⁵ und auch die Datenethikkommission gelangt zu diesem Ergebnis.⁴⁶ Auch wenn diese Ansicht nicht zwingend ist, weil das Koppelungsverbot Ausprägung der Freiwilligkeit der Einwilligung ist, privatautonom geschlossene Verträge aber durchaus freiwillig geschlossen werden,⁴⁷ scheint eine weite Lesart des Koppelungsverbotes auch politisch nicht gewollt. Die Einwilligung als Gegenleistung in einem Vertragsverhältnis hingeben zu können, wirft tatsächlich eine Reihe an Folgeproblemen auf, die zwar rechtlich sauber gelöst werden könnten, die man aber vermeiden würde, wenn lediglich die Hingabe der Daten als Gegenleistung geschuldet wäre. Die Richtlinie über digitale Inhalte legt jedenfalls in ihrem Wortlaut dies ebenfalls nahe.⁴⁸

Dann aber muss die erklärte Einwilligung zur Datenverarbeitung jedenfalls objektive Beschaffenheit der hingegebenen Daten sein,⁴⁹ sodass im Falle des Nichtvorliegens der Einwilligung ein außerordentliches Kündigungsrecht der Vertragsgegenseite bestehen muss.

bb) Schutzpflichten

Aus dem Plattformnutzungsvertrag folgen auch Schutzpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB, deren Reichweite allerdings noch zur höchstrichterlichen Entscheidung aussteht. Fraglich ist hier insbesondere erstens, ob der Plattformbetreiber dazu verpflichtet ist, von der Meinungsfreiheit umfasste Kommentare auf Plattformen online zu halten⁵⁰ und nicht zu löschen. Zweitens fragt sich, ob der Plattformbetreiber einseitig AGB bestimmen darf, die ihm dieses Recht vorbehalten,⁵¹ oder ob diese AGB gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam sind.⁵² Die Unwirksamkeit von AGB, die Äußerungen ausschließen, die von der Meinungsfreiheit gedeckt sind, greift sehr weitreichend in die Grundrechte und Grundfreiheiten der Plattformbetreiber ein. Rechtlich scheint daher ein Mittelweg angezeigt. Beide Problemfelder werden im Folgenden erörtert.

Auf Plattformen mit Transaktions- und/oder Informationsfunktionen kommt außerdem eine vertragliche Schutzpflicht in Betracht, die im Rahmen der neben der jeweiligen Mittelungsfunktion angebotenen eigenen Leistung des Rankings der Inhalte Rankingpositionen von Angeboten und Informationen nicht von einer Provisionszahlung abhängig zu machen, sofern dies nicht ausreichend kenntlich gemacht wird.⁵³

45 Art.-29-Datenschutzgruppe v. 28.11.2017, Guidelines to Consent under Regulation 2016/679, Dokumentennummer 17/EN WP259, S. 9; *Specht*, Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts, in: Briner/Funk, DGRJ Jahrbuch 2017, S. 64, 80 Rn. 22.

46 DEK, Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung, 2019, S. 105, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?__blob=publicationFile&v=6, zuletzt abgerufen am 16.03.2020.

47 *Specht*, Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit – Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts, in: Briner/Funk, DGRJ Jahrbuch 2017, S. 64, 80 Rn. 22.

48 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 09.12.2015, COM(2015) 634 final.

49 *Specht*, JZ 2017, 763.

50 So z.B. OLG München, Beschl. v. 17.07.2018 – 18 W 858/18, MMR 2018, 760 Tz. 26, LG München; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, MMR 2018, 545 m.Anm. Müller-Riemenschneider/Specht; LG Karlsruhe, Beschl. v. 12.06.2018 – 111 O 54/18, BeckRS 2018, 20324 Tz. 12.

51 In diesem Sinne: OLG Dresden, Beschl. v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, MMR 2018, 756; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.06.2018 – 15 W 86/18, MMR 2018, 678 m.Anm. Mafi-Gudarzi.

52 Vgl. zu dieser Frage grundlegend: *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2020.

53 *Busch*, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e. V., 22.11.2019, S. 43, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

Letztlich treffen auch den Nutzer Schutzpflichten, wie etwa, den Kommunikationsverkehr auf der Plattform nicht nachhaltig zu stören. Anhaltende Verstöße gegen diese Schutzpflichten sollten zu Kündigungsmöglichkeiten des Plattformbetreibers führen, § 314 Abs. 2 BGB.⁵⁴

(1) Auswirkungen der Meinungsfreiheit auf die vertraglichen Schutzpflichten, § 241 Abs. 2 BGB

Die Meinungsfreiheit ist im Wege der Ausstrahlungswirkung der Grundrechte zu berücksichtigen, wenn es um die Reichweite vertraglicher Schutzpflichten geht. Über §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB kann sich daher sehr wohl ein Anspruch auf Wiedereinstellung von über die Meinungsfreiheit gedeckten Äußerungen ergeben.⁵⁵ Welche Äußerungen umfasst sind, folgt in der Regel aus einer Abwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des von der Äußerung Betroffenen und der Meinungsfreiheit des sich Äußernden. In diesem Sinne lässt sich insofern argumentieren, dass die äußerungsrechtlichen Grundsätze über ein Onlinehalten einer auf einer Plattform getätigten Äußerung entscheiden.⁵⁶

Auch der Gleichheitssatz kann mittelbare Drittwirkung entfalten. In der „Stadionverbotsentscheidung“ hat das BVerfG insofern erläutert:

„Maßgeblich für die mittelbare Drittwirkung des Gleichbehandlungsgebots ist dessen Charakter als einseitiger, auf das Hausrecht gestützter Ausschluss von Veranstaltungen, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und der für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Indem ein Privater eine solche Veranstaltung

ins Werk setzt, erwächst ihm von Verfassungs wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung. Er darf seine hier aus dem Hausrecht – so wie in anderen Fällen möglicherweise aus einem Monopol oder aus struktureller Überlegenheit – resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen.“⁵⁷

(2) Beschränkung der vertraglichen Schutzpflichten über AGB

Höchst streitig scheint indes, ob diese über die Ausstrahlungswirkung der Meinungsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 GG, oder auch des Gleichheitssatzes, Art. 3 Abs. 1 GG, hergeleiteten vertraglichen Schutzpflichten durch AGB beschränkbar sind. Hier sind zwei grundlegende Richtungen argumentativ erkennbar: Ein Teil der v.a. zivilrechtlich geprägten Literatur argumentiert von der grundrechtlich geschützten Privatautonomie her kommend, dass Plattformen zunächst einmal in den Grenzen der §§ 307 ff. BGB jedwede Geschäftsbedingung aufstellen dürfen, weil die Meinungsfreiheit keine unmittelbare Wirkung für Private entfaltet. Aus der Stadionentscheidung des BVerfG ergibt sich aber jedenfalls, dass für öffentlich zugängliche Räume gleiche Zugangsbedingungen für alle gelten müssen und der Ausschluss von Personen nicht willkürlich erfolgen darf.⁵⁸ Das muss auch im digitalen Raum gelten. Jedenfalls ab einer bestimmten Größe, die nicht unbedingt der marktbeherrschenden Stellung des Kartellrechts entsprechen muss, sollten Plattformen also insoweit gebunden sein. *„Als wirkmächtige Anbieter öffentlicher Kommunikationsräume unterliegen die Online-Plattformen einer strengen, ‚intensivierten‘ mittelbaren Drittwirkung in Bezug auf die Kommunikationsfreiheiten und den Persönlichkeitsschutz.“⁵⁹*

54 Zur Kündigungsmöglichkeit bei Schutzpflichtverletzungen vgl. MüKo BGB-Gaier, 8. Aufl. 2019, § 314 Rn. 18 m.w.Nachw.

55 OLG München, Beschl. v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, MMR 2019, 753 Tz. 13 – Hassrede; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, MMR 2018, 545, 547 m.Anm. Müller-Riemenschneider/Spacht; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas-Specht-Riemenschneider, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge Rn. 47; Raue, JZ 2018, 961, 970 sieht hierin eine Hauptleistungspflicht.

56 OLG Dresden, Beschl. v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, MMR 2018, 756; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25.06.2018 – 15 W 86/18, MMR 2018, 678 m.Anm. Mafi-Gudarzi; OLG München, Beschl. v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, MMR 2018, 753 – Hassrede; OLG München, Beschl. v. 17.07.2018 – 18 W 858/18, MMR 2018, 760; 756; OLG Stuttgart, Beschl. v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, MMR 2019, 110; LG Bamberg, Urt. v. 18.01.2018 – 2 O 248/18, MM R2019, 56; LG Berlin, Beschl. v. 23.03.2018 – 31 O 21/18, BeckRS 2018, 25306; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, MMR 2018, 545 m.Anm. Müller-Riemenschneider/Spacht; LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 10.09.2018 – 2-03 O 310/18, MMR 2018, 770 m.Anm. Heldt; LG Heidelberg, Urt. v. 28.08.2018 – 1 O 71/18, MMR 2018, 773; LG Karlsruhe, Beschl. v. 12.06.2018 – 111 O 54/18, BeckRS 2018, 20324; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 07.06.2019 – 11 O 3362/19, MMR 2018, 541 m.Anm. Magnus; LG Offenburg, Endurt. v. 26.09.2018 – 2 O 310/18, BeckRS 2018, 23801; VG Mainz, Urt. v. 13.04.2018 – 4 K 762/17.MZ, MMR 2018, 556.

57 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 Tz. 41 – Stadionverbot.

58 BVerfG, Beschl. v. 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 – Stadionverbot.

59 Löber/Roßnagel, MMR 2019, 71, 75.

Dies hat im Übrigen auch das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung „Versammlungsfreiheit im Flughafen“ bereits sehr deutlich betont:

*„Das bedeutet jedoch nicht, dass die Wirkung der Grundrechte und damit die – sei es mittelbare, sei es unmittelbare – Inpflichtnahme Privater in jedem Fall weniger weit reicht. Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates vielmehr nahe- oder auch gleichkommen. **Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, (...) früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.**“⁶⁰*

In der BVerfG-Entscheidung „Bierdosenflashmob“ heißt es:

*Wie das BVerfG insoweit festgestellt hat, können Private im Wege der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten freilich unbeschadet ihrer eigenen Grundrechte auch ähnlich oder auch genauso weit wie der Staat durch die Grundrechte in Pflicht genommen werden, insbesondere, wenn sie in tatsächlicher Hinsicht in eine vergleichbare Pflichten- oder Garantienstellung hineinwachsen wie traditionell der Staat. Je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung kann die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates nahe- oder auch gleichkommen. **Für den Schutz der Kommunikation kommt das insbesondere dann in Betracht, wenn private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die früher in der Praxis allein dem Staat zugewiesen waren.**“⁶¹*

Inwieweit dies heute in Bezug auf die Freiheit der Meinungsäußerung auch für private Unternehmen gilt, die einen öffentlichen Verkehr eröffnen und damit Orte der allgemeinen Kommunikation schaffen, konnte in den zitierten Entscheidungen allerdings noch offengelassen werden.

Im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens hat das BVerfG das soziale Netzwerk Facebook zur Entsperrung eines Nutzeraccounts verpflichtet, dies aber nicht auf Art. 5 GG, sondern auf Art. 3 GG gestützt:

„Dabei können sich aus Art. 3 Abs. 1 GG jedenfalls in spezifischen Konstellationen auch gleichheitsrechtliche Anforderungen für das Verhältnis zwischen Privaten ergeben (vgl. BVerfGE 148, 267, 283 f. Rn. 41). Ob und gegebenenfalls welche rechtlichen Forderungen sich insoweit auch für Betreiber sozialer Netzwerke im Internet – etwa in Abhängigkeit vom Grad deren marktbeherrschender Stellung, der Ausrichtung der Plattform, des Grads der Angewiesenheit auf eben jene Plattform und den betroffenen Interessen der Plattformbetreiber und sonstiger Dritter – ergeben, ist jedoch weder in der Rechtsprechung der Zivilgerichte noch in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abschließend geklärt. Die verfassungsrechtlichen Rechtsbeziehungen sind insoweit noch ungeklärt (...). Gegen etwaige Lösungsentscheidungen (...) ist (...) der Rechtsweg zu den Zivilgerichten eröffnet, denen im Rahmen der Prüfungen vertraglicher oder quasivertraglicher Ansprüche der Antragstellerin dann auch die Prüfung obliegt, ob die Entscheidung der Antragsgegnerin des Ausgangsverfahren auch unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls mit der Werteordnung des Grundgesetzes vereinbar ist (vgl. BVerfGE 148, 267, 280 f., 283 f.).“

Neben der Frage, wie Plattformen mit sehr wirkmächtiger Interaktionsmittelnder Funktion bei der Beurteilung einzelner Äußerungen grundsätzlich an die Grundrechte gebunden sind, ist streitig, ob es in digitalen Räumen, die eine öffentliche Kommunikation ermöglichen, dem Plattformbetreiber nicht auch generell untersagt sein soll, durch von ihm aufgestellte Geschäftsbedingungen zu bestimmen, was auf seiner Plattform kommuniziert werden darf, damit die grundrechtlich geprägten vertraglichen Schutzpflichten nicht leerlaufen. In der Regel wird an diesem Diskussionspunkt angeführt, es gehe darum, eine „Netiquette“ für das Kommunika-

60 BVerfG, Urt. v. 22.02.2011 – 1 BvR 699/06, NJW 2011, 1201, 1204 – Versammlungsfreiheit im Flughafen.

61 BVerfG, Urt. v. 18.07.2015 – 1 BvQ 25/15, NJW 2015, 2485, 2486 – Bierdosenflashmob.

tionsklima zu etablieren, auch solche Äußerungen also unterbinden zu dürfen, die zwar noch nicht die Grenze zur Persönlichkeitsrechtsverletzung oder Straftat überschreiten (Hassrede⁶² wird diese Grenze allerdings häufig überschreiten), die aber dennoch das Kommunikationsklima belasten. In der Tat scheint es für derartige Äußerungen sinnvoll, im Sinne einer sich gegenseitig schätzenden Kommunikationskultur eigene Regelungen etablieren zu dürfen. Ansichten, die einer AGB-rechtlichen Abbedingung grundrechtlich hergeleiteter vertraglicher Schutzpflichten widersprechen, haben hier jedoch andere Kommunikationssachverhalte im Kopf: Von der AGB-rechtlichen Untersagung von der Meinungsfreiheit gedeckter Äußerungen in Sachverhalten, in denen es um die Verhöhnung von Sprache geht, ist es nur ein kleiner Schritt hin zur AGB-rechtlichen Untersagung von Sachverhalten, in denen es um die Unterstützung von Oppositionsparteien, Minderheiten u.Ä. geht. Dürfen auch solche Äußerungen AGB-rechtlich untersagt werden, die dem Plattformbetreiber politisch oder gesellschaftlich nicht genehm sind? Bedenkt man, welche Bedeutung jedenfalls wirkmächtige Plattformen für den politischen Meinungsbildungsprozess haben können,⁶³ kann das nicht gewollt sein. Eine Differenzierung zwischen Hassrede und anderen, z.B. politischen, Meinungsäußerungen im Sinne einer Differenzierung der Beurteilung nach sachlichem Grund im Sinne der Stadionverbotsrechtsprechung ist aber problematisch.⁶⁴ Denn unklar ist, welcher Grund als zur Sperrung von Inhalten oder Accounts tauglich erachtet werden könnte bzw. dürfte. Die Deutungshoheit würde hier an erster Stelle den Plattformen zugesprochen, während die Rechtsprechung in mühseliger Kleinarbeit die aufgestellten Gründe als zulässig oder unzulässig bewerten müsste, bevor die Gründe im Wortlaut oder auch in ihrer Reichweite wieder geändert und erneut rechtlich beurteilt werden müssten. Aber nicht nur aus Verbrauchersicht wäre dies äußerst unbefriedigend.

Gerade für Äußerungen im Wahlkampf kann selbst eine zeitlich begrenzte Offline-Setzung einer Äußerung möglicherweise Gefahren für den politischen Meinungsbildungsprozess mit sich bringen. Die Differenzierungslösung anhand eines vermeintlich sachlichen Grundes birgt damit erhebliches Missbrauchspotential, während demgegenüber für die äußerungsrechtliche Beurteilung von Meinungsäußerungen auf lange Rechtsprechungstraditionen zurückgegriffen werden könnte.

Wird die Aufstellung eigener Äußerungsgrundsätze in AGB unabhängig von der Grundrechtsrelevanz von Äußerungen für zulässig gehalten, bedürfte es jedenfalls eines Put-Back-Anspruchs sowie eines nutzerfreundlichen Verfahrens zur Verwirklichung von Nutzerrechten, idealerweise im Eilverfahren. Entscheidet sich der Gesetzgeber dafür, die Einzelheiten eines Put-Back-Anspruchs den Gerichten zu überlassen und gestattet er dem Plattformbetreiber, durch AGB selbst entscheiden zu können, wann welche Äußerungen ausgeschlossen werden dürfen, könnte der hierdurch entstehenden Rechtsunsicherheit zumindest durch Normierung eines nicht abschließenden Beispielskatalogs entgegengewirkt werden, aus dem ersichtlich wird, welche Gründe zumindest nicht als tauglicher sachlicher Grund zum Ausschluss von Äußerungen angeführt werden können. Es würde sich insofern um relative Klauselverbote handeln, die für Plattformen i.S.d. NetzDG gelten könnten. Jedenfalls darf sich die Plattform mit ihren Nutzungsbedingungen nicht in Widerspruch zu ihrer Entscheidung setzen, ein grundsätzlich allgemeines öffentliches Forum anzubieten.⁶⁵ Plattformen, die kein allgemein zugängliches Forum zum Austausch von Meinungen schaffen, wären demnach sehr viel weniger im Hinblick auf die Ausgestaltung ihrer AGB gebunden.

62 Für den Begriff der Hassrede hat sich noch keine juristische Definition herausgebildet. Erfassen dürfte sie strafrechtlich relevante sowie persönlichkeitsrechtsverletzende Äußerungen. Ob auch solche Äußerungen erfasst werden, die sich unterhalb dieser Grenze bewegen, beispielsweise, weil sie zu pauschal sind, um eine einzelne Person in ihren Persönlichkeitsrechten verletzen zu können, und auch nicht volksverhetzend sind oder zu Straftaten aufrufen, dürfte eine Frage des Einzelfalles sein. In jedem Fall aber ist eine Definierung des Begriffes angezeigt, wenn hieran Rechtsfolgen geknüpft werden. Im Rahmen dieser Stellungnahme wird die weitestmögliche Auslegung des Begriffes zugrunde gelegt, um alle Eventualitäten erfassen zu können. Das heißt, auch solche Äußerungen, die ein hasserfülltes Kommunikationsklima schaffen, die dabei aber weder einen Straftatbestand erfüllen noch das Persönlichkeitsrecht eines anderen verletzen, sind jedenfalls theoretisch begrifflich erfasst.

63 Zum Einfluss von Medien auf den Meinungsbildungsprozess vgl. umfassend: http://gwkk.udk-berlin.de/wp-content/uploads/2012/11/Studie_gesamt_NEU20171021.pdf.

64 So etwa: *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 75 Fn. 57; *Holznapel*, CR 2018, 369, 372.

65 Vgl. hierzu im Einzelnen: *Raue*, JZ 2018, 961, 967.

e) Auswirkungen auf die Verbraucher – Handlungsempfehlungen

Zur Herstellung von Rechtssicherheit liegt die gesetzliche Ausgestaltung eines Plattformnutzungsvertrags im Verbraucherinteresse.⁶⁶ Hier ließen sich die vertraglichen Leistungspflichten definieren. Eine gesetzliche Ausgestaltung eines Plattformnutzungsvertrags böte auch die Möglichkeit, zwingende Verbraucherschützende Vorschriften gesetzlich zu verankern und ein gesetzliches Leitbild zu Zwecken der Kontrolle von Allgemeinen Vertragsbedingungen zu etablieren. Abgestimmt werden müsste eine solche Regulierung freilich mit den ohnehin bereits etablierten Verpflichtungen aus dem Network Enforcement Act, das jedoch nur einen Teilbereich der Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion erfasst (soziale Netzwerke i.S.d. § 1 NetzDG) und die vertragliche Qualifikation sowie die Hauptleistungspflichten gerade offenlässt.

sonstigen Schutzgegenständen verschaffen. Das Urheberrecht differenziert damit zumindest de lege ferenda zwischen verschiedenen Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion. Sämtliche Plattformen, die Nutzerinhalte anderen Nutzern zugänglich machen, verfügen über diese Funktion. Darüber hinaus sind in der Regel Suchfunktionen (informationsmittelnde Funktion) eingebunden, die aber rechtlich zumeist nicht oder jedenfalls weniger problematisch sind. Dieser Differenzierung wird auch im Rahmen der nachfolgenden Ausführungen Rechnung getragen. Bevor eine solche Differenzierung de lege ferenda aber vorgenommen wird, sollen zunächst die Rechtslage de lege lata sowie die bereits heute erkennbaren Tendenzen zur Ausweitung der Plattformbetreiberhaftung aufgezeigt sein.

b) Plattformhaftung de lege lata

In Betracht kommt nach geltendem Recht sowohl eine Haftung des Plattformbetreibers auf Schadensersatz als auch auf Unterlassung und Auskunft. Der Auskunftsanspruch richtet sich dabei nach § 101 UrhG auch und gerade auf den Namen und die Anschrift des unmittelbaren Rechtsverletzers, also des Nutzers, der die rechtsverletzenden Inhalte auf der Plattform eingestellt hat. Ob hierzu auch die E-Mail-Adressen der Nutzer als „Anschrift der elektronischen Post“⁶⁷ sowie ihre IP-Adressen nebst dem genauen Zeitpunkt des Hochladens gehören, ist eine Frage, die derzeit dem EuGH zur Vorabentscheidung vorliegt.⁶⁸ Hat der Plattformbetreiber keine Nutzerdaten gespeichert, kann er einen gegen ihn gerichteten Auskunftsanspruch auch durch Negativauskunft befriedigen.⁶⁹

2. Urheberrecht

a) Plattformbegriffsverständnis des Urheberrechts

Das Urheberrecht adressiert Plattformen nicht explizit. Sie kommen als Täter, Teilnehmer oder Störer ebenso in Betracht wie jedes andere urheberrechtliche Verantwortungssubjekt. Bestimmte Plattformen werden allerdings von der noch umzusetzenden DSM-Richtlinie adressiert. „Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten“ nehmen danach eine eigene Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung vor, wenn sie der Öffentlichkeit Zugang zu von ihren Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder

66 Eine gesetzliche Ausgestaltung der Plattformnutzungsverträge unterstützt der Bitkom e.V. nicht. Die Plattformanbieter haben aus ihrer unternehmerischen Freiheit heraus das Recht, Plattformnutzungsverträge eigenständig zu definieren und durchzusetzen. Dieses Recht muss erhalten bleiben. Die Richtlinien erfassen zu einem sehr hohen Anteil das, was nach dem deutschen Recht bereits verboten ist, und gehen häufig noch darüber hinaus, erfassen also Inhalte, die zwar nach deutschem Recht nicht strafbar, aber trotzdem schädlich für die Interaktion auf der Plattform sind.

67 OLG Köln, Urt. v. 25.03.2011 – 6 U 87/10, ZUM-RD 2011, 350; LG Hamburg, Beschl. v. 18.08.2015 – 308 O 293/15, MMR 2016, 341; Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 101 Rn. 17; Spindler/Schuster-Spindler, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 101 UrhG Rn. 13 mit Fn. 67; Fromm/Nordemann-Czychowski, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 101 Rn. 86; Siebert, Geheimnisschutz und Auskunftsansprüche im Recht des Geistigen Eigentums, 2011, S. 26 bis 28; Czychowski, ZUM-RD 2017, 656, 657; Ludyga, AfP 2017, 476 ff.; zweifelnd: Schricker/Loewenheim-Wimmers, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 101 Rn. 76.

68 BGH, Beschl. v. 21.02.2019 – I ZR 153/17, ZUM-RD 2019, 251, 252 ff. – YouTube-Drittauskunft; offengelassen von OLG München, Urt. v. 17.11.2011 – 29 U 3496/11, ZUM-RD 2012, 88, 94.

69 OLG München, Urt. v. 17.11.2011 – 29 U 3496/11, ZUM-RD 2012, 88, 94; ablehnend: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 03.05.2016 – 2-3 O 476/13, GRUR-RR 2017, 3 ff.

aa) Täterhaftung

Bislang ist es im deutschen Urheberrecht so, dass Plattformen nicht selbst die urheberrechtliche Nutzungshandlung der öffentlichen Wiedergabe vornehmen, wenn Inhalte auf ihren Seiten hochgeladen und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden.⁷⁰ Die öffentliche Wiedergabe wird zunächst allein durch den Nutzer vorgenommen, der die Inhalte hochlädt.⁷¹ Dies gilt jedenfalls so lange, wie sich der Plattformbetreiber im Grundsatz auf eine Vermittlung von Speicherplatz beschränkt und damit seine passive Rolle nicht verlässt. Der Plattformbetreiber darf weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzen.⁷² Ist dies der Fall, so ist er nach Art. 14 ECRL, der durch § 10 TMG in nationales Recht umgesetzt wurde, für fremde Informationen, die er für einen Nutzer speichert, nicht verantwortlich. Er muss jedoch unverzüglich tätig werden, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald er Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information hat oder Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird. Hieraus folgt ein Notice-and-take-down-Verfahren. Auf Schadensersatz haften Plattformbetreiber daher *de lege lata* grundsätzlich nicht.

Verlassen Plattformen aber ihre neutrale Vermittlerrolle, so haften sie nach den allgemeinen Grundsätzen, § 7 TMG.⁷³ Für das deutsche Recht wird maßgeblich auf das Kriterium des Zueigenmachens abgestellt.⁷⁴ Welche

Anforderungen an ein solches Zueigenmachen zu stellen sind, wird allerdings nicht einheitlich beurteilt und divergiert in Abhängigkeit von der jeweiligen Tätigkeit des Diensteanbieters im Einzelfall.⁷⁵ Nicht jede Tätigkeit, die über das rein technische Zurverfügungstellen von Speicherplatz hinausgeht, begründet bereits ein solches Zueigenmachen.⁷⁶ Erforderlich ist bei objektiver Betrachtung aus der Perspektive eines verständigen Internetnutzers auf der Grundlage einer Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände, dass der Anbieter tatsächlich und nach außen sichtbar die inhaltliche Verantwortung für die veröffentlichten Inhalte übernimmt⁷⁷ oder den zurechenbaren Anschein erweckt, er identifiziere sich mit den fremden Inhalten.⁷⁸ Dies erfordert in der Regel eine redaktionelle Kontrolle,⁷⁹ z.B. auf Vollständigkeit und Richtigkeit oder eine Auswahl der Informationen oder aber eine Einbindung der fremden Informationen in das eigene redaktionelle Angebot.⁸⁰ Nach Auffassung der deutschen Rechtsprechung wird ein Zueigenmachen aber selbst dann noch verneint, wenn die Plattform die vom Nutzer hochgeladenen Inhalte ordnet und finanziell von ihrer Onlinestellung profitiert.⁸¹ Damit kann die Plattform derzeit ökonomische Entscheidungen treffen, ohne sich Inhalte zu eigen zu machen, was ökonomischen Grundannahmen widersprechen könnte, die davon ausgehen, dass ein Zusammenhang zwischen Risiko (hier: Haftungsrisiko) und Rendite besteht. Ein Zueigenmachen wird aber etwa angenommen bei einer Transaktionsplattform, die eigene Angebote und Angebote von Dritthändlern einheitlich gestaltet⁸² oder auch durch Programmierung eines Algorithmus, der das auf

70 Statt vieler: LG München I, Urt. v. 30.06.2015 – 33 O 9639/14, ZUM-RD 2015, 600, 606.

71 In Österreich wird dies anders beurteilt. Hier reicht auch die Vermittlungsleistung, um eine eigene Handlung der öffentlichen Wiedergabe vorzunehmen, aus: OGH, Beschl. v. 24.10.2017 – 4 Ob 121/17y, ZUM 2018, 313 ff.

72 BGH, Urt. v. 04.07.2013 – I ZR 39/12, GRUR 2014, 180, 181 Tz. 21 – Terminhinweis mit Kartenausschnitt; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 175/10, Tz. 258 ff.

73 EuGH, Urt. v. 11.09.2014 – C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209 = MMR 2016, 63 Tz. 41 ff. – Papasavvas.

74 Vgl. etwa: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 09.02.2018 – 2-03 O 949/14, ZUM-RD 2018, 585 ff.

75 BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, MMR 2010, 556 Tz. 23 ff. – Marions Kochbuch; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, MMR 2016, 269 Tz. 152 – Störerhaftung von Youtube.

76 Vgl. hierzu etwa BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311 ff. – Blog-Eintrag.

77 OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 175/10 Tz. 269; BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, MMR 2010, 556 Tz. 23 ff. – Marions Kochbuch.

78 LG Frankfurt a.M., Urt. 09.02.2018 – 2-03 O 494/14, ZUM-RD 2018, 585, 589.

79 OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 175/10 Tz. 270; BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, MMR 2010, 556 Tz. 23 ff. – Marions Kochbuch.

80 LG Frankfurt a.M., Urt. 09.02.2018 – 2-03 O 494/14, ZUM-RD 2018, 585, 589; OLG München, Urt. v. 28.01.2016 – 29 U 2798/15, ZUM 2016, 447 – Allegro Barbaro.

81 OLG Zweibrücken, Urt. v. 14.05.2009 – 4 U 139/08, MMR 2009, 541 ff.; LG München I, Urt. v. 30.06.2015 – 33 O 9639/14, ZUM-RD 2015, 600, 607.

82 LG München I, Urt. v. 20.02.2019 – 37 O 5140/18, MMR 2020, 63; LG München I, Urt. v. 20.02.2019 – 37 O 22800/16, GRUR-RS 2019, 6941.

der Plattform angezeigte Bildmaterial auswählt, wenn die Kriterien für die Veröffentlichung der Inhalte durch den Plattformbetreiber selbst oder durch ihn veranlasst festgelegt werden.⁸³

bb) Teilnehmerhaftung

Für eine Haftung als Teilnehmer fehlt es dem Plattformbetreiber jedenfalls bei automatisierten, neutralen Tätigkeiten, bei denen die Hilfeleistung des Plattformbetreibers nicht ausschließlich zur öffentlichen Zugänglichmachung rechtswidriger Inhalte genutzt wird, regelmäßig am erforderlichen in Bezug auf die Haupttat bestehenden Vorsatz.⁸⁴ Denn er weiß ohne eigene Prüfung nicht, welche Inhalte konkret über seinen Dienst zugänglich gemacht werden. Eine nur generelle Kenntnis darüber, dass über seinen Dienst in erheblichem Umfang Rechtsverletzungen begangen werden, reicht auch bei einer besonderen Gefährlichkeit des Dienstes nicht aus.⁸⁵ Das kognitive Element des Vorsatzes wird somit nur schwerlich zu bejahen sein.⁸⁶ Dies gilt sowohl für Videoplattformen als auch für Sharehoster.⁸⁷

cc) Störerhaftung

Plattformen begünstigen insofern zwar Rechtsverletzungen, sind dabei jedoch bislang in der Regel selbst weder Täter noch Teilnehmer. Im deutschen Recht können sie daher bislang grundsätzlich allein als Störer auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. Denn für Unterlassungsansprüche gilt Art. 14 ECRL bzw. § 10 TMG nicht.⁸⁸ Die Grundsätze des § 10 TMG

(Haftung erst nach Kenntnis oder Kennenmüssen des Störers) beeinflussen aber jedenfalls den Inhalt der Prüfpflichten im Rahmen der Störerhaftung.⁸⁹ Störer ist nach der Definition des I. Zivilsenates, wer, ohne Täter oder Teilnehmer zu sein, einen adäquat-kausalen Beitrag zur Rechtsverletzung leistet und dabei Prüfpflichten verletzt. Zwar dürfen dem Plattformbetreiber keine Kontrollmaßnahmen auferlegt werden, die sein Geschäftsmodell wirtschaftlich gefährden oder es unverhältnismäßig erschweren.⁹⁰ Auch dürfen ihm nach Art. 15 ECRL und § 7 Abs. 2 S. 1 TMG keine Verpflichtungen einer allgemeinen Vorabkontrolle von Inhalten auferlegt werden. Plattformbetreiber dürfen daher nicht verpflichtet werden, eigenständig nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hindeuten. Spezifische Überwachungspflichten nach einem ausreichend konkreten Hinweis sind hierdurch aber nicht ausgeschlossen. Hinreichend konkret ist ein Hinweis gefasst, wenn der Plattformbetreiber auf Grundlage des Hinweises einen Rechtsverstoß unschwer, d.h. ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung bejahen kann.⁹¹ Wie weit die Prüfpflichten reichen, ist im konkreten Einzelfall zu bestimmen. Die Prüfpflicht muss dem Plattformbetreiber technisch und wirtschaftlich zumutbar sein. Konkret richtet sich die Prüfpflicht insbesondere nach dem Gewicht der angezeigten Rechtsverletzungen auf der einen und den Erkenntnismöglichkeiten des in Anspruch Genommenen auf der anderen Seite.⁹² Es besteht aber keine Pflicht des Plattformbetreibers, seinen gesamten Bestand auch rückwärts gerichtet auf Rechtsverletzungen zu durchsu-

83 LG Berlin, Urt. v. 27.01.2015 – 16 O 279/14, ZUM-RD 2015, 741; KG, Urt. v. 28.09.2015 – 24 U 178/14, ZUM-RD 2016, 459, 460 – Davidoff-Parfum; OLG Düsseldorf, Urt. 15.12.2015 – I-20 U 3/15, ZUM 2016, 869, 874 Rn. 25 – Bevorzugter Händler.

84 Vgl. hierzu etwa: OLG München, Urt. v. 28.01.2016 – 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612, Tz. 54 ff. – Allegro barbaro; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 175/10 Tz. 262 ff.

85 OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 1799/16, ZUM-RD 2017, 394; OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 1818/16, ZUM-RD 2017, 331; OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 17997/16, MMR 2017, 628 ff. – Gray's Anatomy.

86 Vgl. hierzu auch: *Specht*, ZUM 2017, 114, 117.

87 OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 2874/16, ZUM 2017, 679 – uploaded sowie zuvor LG München I, Urt. v. 31.05.2016 – 33 O 6198/14, ZUM-RD 2017, 279.

88 EuGH, Urt. v. 15.09.2016 – C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 = GRUR 2016, 1146 Tz. 79 – McFadden.

89 Statt vieler: OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 18.06.2015 – 16 W 29/15, MMR 2016, 566; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, §§ 33 ff. KUG Rn. 5d; HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 33 KUG Rn. 7.

90 EuGH, Urt. v. 12.07.2011 – C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 = GRUR 2011, 1025 – L'Oréal/Ebay.

91 BGH, Urt. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, BGHZ 191, 219 – Blog-Eintrag; BGH, Urt. 12.07.2012 – I ZR 18/11, ZUM 213, 288 Tz. 28 – Alone in the Dark; LG Leipzig, Urt. v. 19.05.2017 – 05 O 661/15, ZUM-RD 2017, 566, 568.

92 KG, Urt. v. 07.03.2013 – 10 U 97/12, ZUM-RD 2013, 374; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, §§ 33 ff. KUG Rn. 5g; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 560.

chen,⁹³ sind die Prüfpflichten doch einzig in die Zukunft gerichtet. Der Plattformbetreiber wird aber regelmäßig Verletzungen durch ähnliche Angebote und durch andere Nutzer vorbeugen müssen.⁹⁴ Führt eine Handlung nicht dazu, dass zukünftig drohende Rechtsverletzungen verhindert oder unterbunden werden, so darf dem Plattformbetreiber diese Handlung nicht als Prüfpflicht im Rahmen der Störerhaftung auferlegt werden.⁹⁵

c) Tendenzen zur Ausweitung der Plattformbetreiberhaftung

In der Rechtsprechung waren zuletzt zunehmend Tendenzen einer Ausweitung der Plattformbetreiberhaftung zu verzeichnen. Insbesondere tendierte die Rechtsprechung dazu, von der Störerhaftung zu einer Täterhaftung der Plattformbetreiber überzugehen. Dogmatisch bedeutet dies, anzunehmen, dass die Plattform eine eigene Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornimmt oder aber ihre neutrale Rolle i.S.d. Art. 14 ECRL, § 10 TMG verlässt. Im Gegensatz zum Störer kann der Täter einer Rechtsverletzung nicht nur auf Unterlassung und Ersatz der Rechtsverfolgungskosten, sondern auch auf Schadensersatz in Anspruch genommen werden. Der EuGH hatte in der Bereitstellung und dem Betrieb einer Filesharing-Plattform im Internet, die durch die Indexierung von geschützten Werken und das Anbieten einer Suchmaschine den Nutzern Zugriff auf ohne Zustimmung des Rechtsinhabers bereitgestellte Werke ermöglicht, zuletzt Handlungen der Wiedergabe gesehen. Allerdings war es hier wesentlich, dass die Plattform neben einer Suchmaschine einen Index anbot, der die Werke auf der Grundlage ihrer Art, ihres Genres oder ihrer Popularität in verschiedene Kategorien einteilte, und die Betreiber der Plattform überprüften, dass ein Werk in die richtige Kategorie eingeordnet wird. Außerdem löschten die Betreiber veraltete oder fehlerhafte Torrent-Dateien und filterten aktiv bestimmte Inhalte.

Die dem EuGH in den Rechtssachen *YouTube* und *uploaded* zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen sollen klären, ob auch die Plattform YouTube und der Sharehoster uploaded eine eigene Handlung der Wiedergabe i.S.d. Art. 3 der Richtlinie 2001/29/EG vornehmen. Wesentlich stellt der BGH darauf ab, dass YouTube mit der Plattform Werbeeinnahmen erzielt, sich Nutzungsrechte an dem eingestellten Videomaterial einräumen lässt, die Suchergebnisse in Form von Ranglisten und inhaltlichen Rubriken aufbereitet und Empfehlungen von Inhalten ausspricht.⁹⁶

In der Rechtssache *uploaded* wird ganz ähnlich darauf abgestellt, dass der Betreiber der Filesharing-Plattform mit seinem Betrieb Einnahmen erzielt, der Vorgang des Hochladens von Inhalten automatisch und ohne vorherige Ansicht oder Kontrolle durch den Betreiber erfolgt, der Betreiber aber Kenntnis davon hat, dass auch eine erhebliche Anzahl urheberrechtsverletzender Inhalte (mehr als 9.500 Werke) verfügbar sind.⁹⁷ *Uploaded* bietet kein Inhaltsverzeichnis und – im Gegensatz zu YouTube – keine Suchfunktion an, der BGH geht aber davon aus, dass durch die Gestaltung der nachfrageabhängig gezahlten Vergütung für Downloads ein Anreiz geschaffen wird, urheberrechtlich geschützte Inhalte hochzuladen, die anderweitig für Nutzer nur kostenpflichtig zu erlangen sind, und er nimmt weiterhin an, dass durch die Einräumung der Möglichkeit, Dateien anonym hochzuladen, die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass Nutzer für Urheberrechtsverletzungen nicht zur Rechenschaft gezogen werden.⁹⁸ Die Entscheidungen des EuGH in beiden Rechtssachen stehen noch aus.

d) Plattformhaftung nach der DSM-Richtlinie

Nach Art. 17 der Urheberrechtsrichtlinie für den digitalen Binnenmarkt nehmen bestimmte Plattformen eine eigene Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung vor, wenn sie der

93 So explizit OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, MMR 2016, 269 Ls. 4 – Störerhaftung von YouTube; zum Ganzen vgl. ausf. Specht, ZUM 2017, 114 ff.

94 Vgl. aus der umfangreichen Rechtsprechung insbes. BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 Tz. 29 – *Alone in the Dark*; BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 80/12, GRUR 2013, 1030 Tz. 46 – *File-Hosting-Dienst*; BGH, Urt. v. 17.08.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038 Rn. 21 ff. – *Stiftparfüm*; BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, GRUR 2004, 860, 864 – *Internetversteigerung I*; BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 Tz. 43 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*; vgl. zum Ganzen auch: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, §§ 33 ff. KUG Rn. 5g.

95 OLG München, Urt. v. 27.03.2014 – 6 U 1859/13, ZUM-RD 2014, 576, 579.

96 BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, ZUM-RD 2018, 665 Tz. 30 ff. – *YouTube*.

97 BGH, Beschl. v. 20.09.2018 – I ZR 53/17, ZUM 2018, 870 ff. – *uploaded*.

98 BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, ZUM-RD 2018, 665 – *YouTube*.

Öffentlichkeit Zugang zu von ihren Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschaffen. Die Privilegierung des Art. 14 ECRL findet keine Anwendung,⁹⁹ d.h., der Diensteanbieter haftet auch ohne Hinweis auf eine auf seiner Plattform erfolgte Rechtsverletzung. Auf diesem Weg sollen bestimmte Plattformen – die neue Urheberrechtsrichtlinie spricht von „Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten“ – gezwungen werden, für die von ihren Nutzern hochgeladenen Inhalte (User-Generated-Content) mit den Rechteinhabern Nutzungsverträge abzuschließen. Die eingeräumte Nutzungsbefugnis entfaltet in diesem Fall Drittwirkung und legitimiert auch den Upload durch den Nutzer.¹⁰⁰ Anderenfalls haftet die Plattform als Täter, vgl. Art. 17 Abs. 4 S. 1, Abs. 3 S. 1 DSM-RL. Daneben ist auch der Nutzer täterschaftlich verantwortlich, vgl. Art. 17 Abs. 2 DSM-RL. Problematisch hieran dürfte sein, dass eine Nutzungsrechteinräumung faktisch allein mit großen Verwertern gelingen wird, während ein Vertragsschluss mit der Vielzahl kleinerer Rechteinhaber oder einzelner Urheber praktisch nur schwer umzusetzen sein wird, z.T. wird dies sogar als ausgeschlossen erachtet.¹⁰¹ Einige sehen in der kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung eine Lösung, wie sie durch Art. 12 der Richtlinie ermöglicht wird. Danach erstreckt sich eine Lizenzvereinbarung, die eine Verwertungsgesellschaft für die von ihr wahrgenommenen Rechte abschließt, auch auf die Rechte anderer Urheber, die keinen entsprechenden Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft abgeschlossen haben. Allerdings betrifft Art. 12 DSM-RL nur die urheberrechtlich relevante Nutzung im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates und keinen paneuropäischen Nutzungsumfang. Außerdem können die Rechteinhaber ihre Werke und sonstigen Schutzgegenstände von dem gemäß diesem Artikel eingeführten Lizenzvergabeverfahren ausschließen, Art. 12 Abs. 3 lit. c DSM-RL. Auch werden unterschiedliche Schrankenlösungen diskutiert, von einer allgemeinen UGC-Schranke bis hin zu einer Pastiche-Schranke basierend auf Art.

5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL. Auch eine Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Rechts der öffentlichen Wiedergabe für die Wiedergabe auf Plattformen wird teils als Lösungsansatz gesehen.¹⁰² Erfolgt eine Rechteinräumung aber nicht, ist die Plattform verpflichtet, „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen“ zu unternehmen, um „sicherzustellen“, dass Werke, zu denen die Rechteinhaber „einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben“, nicht verfügbar sind. Dies bedeutet nach einem weit verbreiteten Verständnis in der Literatur den verpflichtenden Einsatz sogenannter Filtertechniken, die vor der Onlinestellung von Inhalten diese im Wesentlichen entsprechend dem Content-ID-Verfahren von YouTube mit den von den Rechteinhabern bereitgestellten Informationen zu geschützten Werken vergleichen und übereinstimmende Werke sperren sowie alle erforderlichen Anstrengungen unternehmen, um das künftige Hochladen solcher Werke nach entsprechendem Hinweis durch den Rechteinhaber zu verhindern.¹⁰³ Ob hierdurch faktisch auch solche Nutzungen durch Filtertechniken gesperrt werden, die durch Schrankenbestimmungen für zulässig erklärte Nutzungshandlungen betreffen, ist zu erwarten, sollte im Rahmen der Evaluation des Art. 17 nach fünf Jahren (Art. 30 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL) aber empirisch untersucht werden. Polen hat außerdem bereits Nichtigkeitsklage gegen die Urheberrechtsrichtlinie eingelegt, die sich auch auf Art. 17 DSM-RL bezieht.¹⁰⁴

aa) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten

Art. 17 DSM-Richtlinie sieht Regelungen allein für „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ vor. Dies sind Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bei denen der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von ihren Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei diese Anbieter diese Inhalte or-

99 Lex posterior derogat legi priori, vgl. auch: Metzger, ZUM 2018, 233, 238.

100 Stieper, ZUM 2019, 211, 215.

101 Schaper/Verweyen, K&R 2019, 433, 438; Stieper, ZUM 2019, 393, 399 ff.

102 Stieper, ZUM 2019, 211, 217.

103 Schaper/Verweyen, K&R 2019, 433, 438.

104 Siehe dazu: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/eu-urheberrecht-richtlinie-polen-klage-eugh-upload-filter/>, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

ganisieren und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewerben, Art. 2 Nr. 6 DSM-RL. Diese Diensteanbieter nehmen nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL zukünftig selbst eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vor, wenn sie der Öffentlichkeit Zugang zu von ihren Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschaffen.

bb) Haftungsbefreiung

Wird eine solche Vereinbarung zur Nutzung der urheberrechtlich relevanten Inhalte nicht erzielt und wird der Diensteanbieter auch sonst nicht zu der erfolgreichen öffentlichen Zugänglichmachung, z.B. durch eine Einwilligung, berechtigt, so ist er für die hierdurch eintretende Rechtsverletzung verantwortlich, es sei denn, er erbringt den Nachweis für folgende drei Dinge:

1. dass er alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen und zudem (hier als Verhandlungselement bezeichnet)
2. nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind (hier als präventives Aktionselement bezeichnet); und
3. nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt hat, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von seinen Internetseiten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternommen hat, um gemäß Buchstabe b) das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstiger Schutzgegenstände zu verhindern (hier als Notice-and-stay-down-Element bezeichnet).

(1) Verpflichtende Filtertechniken?

Zwar wird bei der Feststellung, ob diese Nachweise erbracht wurden, im Lichte des Grundsatzes der Verhält-

nismäßigkeit die Art, das Publikum und der Umfang der Dienste sowie die Art der von den Nutzern des Dienstes hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände berücksichtigt und ebenso die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen. Es handelt sich also gerade nicht um eine absolute, für alle Diensteanbieter gleichermaßen geltende Verpflichtung zur Einführung von Filtertechniken, allerdings stellt sich die Frage, ob die Nichtverfügbarkeit von Inhalten „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt“ zumindest für wirkmächtige Plattformen anders als durch derartige algorithmenbasierte Inhalteerkennungstechniken gewährleistet werden kann.¹⁰⁵ Wer diese Standards festlegt, bleibt ebenfalls im Unklaren, letztlich wird dies der EuGH zu entscheiden haben.

(2) Begründungsgebot der Rechteinhaber

Verlangen Rechteinhaber die Sperrung des Zugangs zu ihren Werken oder sonstigen Schutzgegenständen oder die Entfernung dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von der Plattform des Diensteanbieters, so müssen sie nach den Vorgaben des Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 DSM-RL ihr Ersuchen in angemessener Weise begründen. Ohne dass die Erwägungsgründe hier nähere Informationen enthalten, wann von einer angemessenen Begründung auszugehen ist und weshalb es dieser bedarf, ist anzunehmen, dass hierdurch die urheberrechtliche Schutzfähigkeit des Werkes sowie die eigene Rechteinhaberschaft belegt werden soll. Im Verbraucherinteresse liegt hier sicherlich eine dezidierte Begründungspflicht, freilich dürfen die Hürden für die Rechteinhaber aber auch nicht so hoch sein, dass sie dadurch faktisch von der Begründung abgehalten werden oder Geschäftsgeheimnisse preisgeben müssen. Denn den Rechteinhabern steht der grundrechtliche Schutz des Art. 17 GRCh zu, der in einen angemessenen Ausgleich mit den Nutzerinteressen zu bringen ist.

Dass es selbst bei der Darlegung der eigenen Rechteinhaberschaft bereits heute zu Missbräuchen oder teils auch zu technischen Fehlern kommt, zeigen allerdings zwei einstweilige Verfügungen des Landgerichts Frankfurt. In einem Fall hatte ein Label die Rechteinha-

¹⁰⁵ Verpflichtende Filtertechniken siehe auch: *Kaesling*, JZ 2019, 586, 590.

berschaft insgesamt zu Unrecht für sich beansprucht, sodass die Vergütung für die Nutzung zu Unrecht über das Inhalteerkennungsprogramm Content-ID an dieses Label ausgezahlt wurde.¹⁰⁶ In einem anderen Fall hatte ein Label die ausschließliche Rechteinhaberschaft für sich beansprucht, obwohl ihm lediglich eine einfache Nutzungsbefugnis erteilt worden war und neben ihm weitere Rechteinhaber zur Nutzung berechtigt waren. Hier wurde der Inhalt der weiteren durch einfaches Nutzungsrecht berechtigten Rechteinhaber ebenfalls durch das Inhalteerkennungsprogramm Content-ID zu Unrecht gesperrt.¹⁰⁷ Diesen Missbräuchen ist durch entsprechenden Begründungsaufwand vorzubeugen. Die von derartigen Missbrauchsfällen betroffenen Rechteinhaber haben aber bereits heute die Möglichkeit, im Wege der einstweiligen Verfügung gegen das beanstandete Verhalten vorzugehen.

(3) Kleinstplattformklausel

Art. 17 Abs. 6 enthält die Vorgabe an die Mitgliedstaaten, vorzusehen, dass bestimmte Plattformen bereits dann nicht verantwortlich für Rechtsverletzungen sind, wenn sie das Verhandlungselement sowie das Notice-and-stay-down-Element aus Art. 17 Abs. 4 berücksichtigt haben.¹⁰⁸ Voraussetzung ist, dass der Diensteanbieter seine Dienste der Öffentlichkeit in der Union seit weniger als drei Jahren zur Verfügung stellt und sein Jahresumsatz, berechnet nach der Empfehlung der Kommission 2003/361/EG (20), zehn Millionen Euro nicht übersteigt. Übersteigt – berechnet auf der Grundlage des vorausgegangenen Kalenderjahrs – die durchschnittliche monatliche Anzahl unterschiedlicher Besucher der Internetseiten derartiger Diensteanbieter fünf Millionen, so müssen die Anbieter derartiger Dienste außerdem den Nachweis erbringen, dass sie alle Anstrengungen unternommen haben, um das künftige Hochladen der gemeldeten Werke und sonstigen Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, zu verhindern. Filtertechniken müssen hierfür nicht zwingend eingesetzt werden, wie der fehlende Verweis auf Art. 17 Abs. 4 lit. b) DSM-RL zeigt. Ob eine kumulativ an die Dauer der Tätigkeit am Markt,

Nutzerzahl und Umsatz orientierte Privilegierung kleinerer Plattformen zu einer ausreichenden Entlastung von Startups führt, wie sie nach ErwGr. 67 intendiert ist, darf in Anbetracht des engen Anwendungsbereichs der Kleinstplattformklausel zumindest bezweifelt werden. Jedenfalls ist nicht ausgeschlossen, dass Art. 17 zu einer Verfestigung der Marktstellung von Großunternehmen führt, die sich algorithmenbasierte Inhalteerkennungs- und Filtertechniken entweder in der Anschaffung leisten oder sogar selbst entwickeln und lizenzieren können, sowie zu einer Erschwerung eines ausreichenden Marktzutritts neuer Plattformen. Dies bedeutet nicht, dass größere Unternehmen per se begünstigt sind, wenn neue Technologien eingeführt werden. Ganz im Gegenteil kann dies mit einem sehr viel höheren Aufwand einhergehen, als dies bei kleineren Unternehmen der Fall wäre. Geht der Gesetzgeber aber tatsächlich davon aus, dass Inhaltserkennungstechniken wie Content-ID von einer Vielzahl von Inhalten genutzt werden müssen, setzt er einen technischen Standard, der eine Marktzutrittsbarriere für andere Unternehmen bedeuten kann.

(4) Beeinträchtigung von Nutzerbefugnissen

Algorithmusbasierte Filtertechniken bergen ebenso wie manuelle Vorabkontrollen von Inhalten, egal ob sie verpflichtend (wie nach der DSM-RL) oder freiwillig (wie Content-ID bislang) sind, stets die Gefahr eines sogenannten Overblockings, d.h. der Entfernung auch solcher Inhalte, die nicht zu einer Urheberrechtsverletzung führen, z.B. weil mit ihnen Nutzerbefugnisse ausgeübt werden, etwa im Falle eines karikaturistischen Beitrags. Overblocking hat in der Regel drei Gründe: Es kann erstens Folge eines ungeprüften Overclaimings von Rechteinhabern sein. Zweitens kann es sich als Folge eines fehlenden Potentials des technischen Filters zur Differenzierung zwischen einer urheberrechtlich zulässigen öffentlichen Zugänglichmachung (z.B. in Ausübung von Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts) und einer urheberrechtlich nicht zulässigen öffentlichen Zugänglichmachung darstellen.¹⁰⁹ Drittens kann sich ein Overblocking aber auch als Strategie zur Vermeidung von Haftungskosten darstellen,

¹⁰⁶ LG Frankfurt a.M., Az. 2-06 O 74/19.

¹⁰⁷ LG Frankfurt a.M., Az. 2-06 O 135/19.

¹⁰⁸ Zu den Begrifflichkeiten des Verhandlungs- und des Notice-and-stay-down-Elements vgl. bereits oben unter III. 2. d) bb).

¹⁰⁹ Ähnlich: *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 435, 439.

wenn an ein Overblocking keine haftungsrechtlichen Konsequenzen oder anderweitige Sanktionen geknüpft werden. Letzteres ist ein Optimierungsproblem. Die Plattform wird das Verhältnis potentieller Haftungskosten zu den potentiellen Kosten durch entgangene Erträge aufgrund einer overblocking-bedingten Mindernutzung unzufriedener Nutzer ermitteln, weshalb zu erwarten ist, dass ein „strategisches“ Overblocking insbesondere dann eintritt, wenn die Nutzer keine ausreichenden Möglichkeiten haben, auf andere Plattformen auszuweichen, die weniger stark filtern, oder die Haftungskosten zu hoch sind. Insbesondere die Haftungskosten können – je nach Ausgestaltung durch die Rechtsprechung – aufgrund der Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung im Rahmen der Lizenzanalogie ganz erheblich ausfallen, was ein strategisches Overblocking fördert. Einem strategischen Overblocking könnte daher entweder mit einer Absenkung potentieller Haftungsrisiken oder mit einer Sanktionierung eines strategischen Overblockings¹¹⁰ außerhalb des Urheberrechts entgegengewirkt werden. Eine verhältnismäßige Regulierung darf jedoch auch die Plattformen nicht zu stark in die Pflicht nehmen.

Art. 17 erkennt das Problem des Overblockings und sieht explizit vor, dass „die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und den Rechteinhabern“ nicht bewirken darf, dass „von Nutzern hochgeladene Werke oder sonstige Schutzgegenstände, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte vorliegt, nicht verfügbar sind, und zwar auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung erlaubt ist.“ Außerdem soll sich jeder Nutzer auf bestimmte Ausnahmen oder Beschränkungen „stützen können“. Ob hierdurch ein individueller Anspruch auf Durchsetzung der Schrankenbestimmungen normiert werden soll, bleibt unklar. Ebenso unklar bleibt die

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Verpflichtung, keine Inhalte zu blocken, die eine Rechtsverletzung nicht begründen.

Faktisch wird durch derartige Filterpflichten die Aktionslast¹¹¹ zulasten des Nutzers verschoben, der hier nicht nur Konsument urheberrechtlicher Werke ist, sondern auch Produzent neuer Inhalte. Der Begriff des „Prosumers“ umschreibt dies sehr treffend. Nicht mehr der Rechteinhaber muss sich um die Durchsetzung seines Urheberrechtes bemühen, sondern der Nutzer um die Durchsetzung der Ausnahmen und Beschränkungen, die nach bisher herrschender Auffassung keine subjektiven Rechte begründen.¹¹² Er muss dafür streiten, dass die in Ausübung der ihn begünstigenden Ausnahmen und Beschränkungen online gestellten Werke nicht geblockt werden. Insofern ist es nur ein schwacher Trost für den Nutzer, dass die Mitgliedstaaten über Art. 17 Abs. 9 dazu verpflichtet werden, im Fall von Streitigkeiten über die Sperrung des Zugangs zu Inhalten wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stellen. Das Postulat in Art. 17 Abs. 9 UAbs. 3, die Richtlinie würde in keiner Form die berechnete Nutzung (z.B. im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen) beeinträchtigen, ist damit schlicht falsch. Bereits die Verschiebung der Aktionslast beeinträchtigt die berechnete Nutzung ganz erheblich.

Es lässt sich aber nicht nur von einer Verschiebung der prozessualen Aktionslast sprechen, sondern sogar von einer Prinzipienverschiebung.¹¹³ Denn nicht das Ausschließlichkeitsrecht ist das Prinzip und die durch Schrankenbestimmungen gesicherte Nutzungsfreiheit die Ausnahme, sondern die Nutzungsfreiheit ist das Prinzip und das durch Zuweisung von Ausschließlichkeitsrechten begründete Nutzungsverbot die Ausnahme. Das Ausschließlichkeitsrecht lässt sich daher beschreiben als Insel von Exklusivität in einem Meer von

110 Die Sanktionierung eines strategischen Overblockings als mögliche Maßnahme unterstützt der Bitkom e.V. nicht. Plattformen müssen die unternehmerische Freiheit haben, darüber entscheiden zu können, welche Inhalte auf der Plattform erscheinen und welche nicht.

111 *Specht*, GRUR 2019, 253, 259; Zum Begriff vgl. auch: *Peifer*, NJW 2014, 3067, 3069.

112 *Stieper*, Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009; *Ohly*, Gesetzliche Schranken oder individueller Vertrag?, in: *Dreier/Hilty*, Vom Magnettonband zu Social Media, Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), 2015, S. 379, 396.

113 *Specht-Riemenschneider*, NJW 2019, 3687, 3688.

Freiheit.¹¹⁴ Selbstverständlich umfasst diese Freiheit nicht die Freiheit, Rechtsverletzungen zu begehen,¹¹⁵ und das europäische Recht fordert an verschiedenen Stellen und insbesondere in der Durchsetzungsrichtlinie, Art. 3 Abs. 2, dass Maßnahmen zum Schutz des Geistigen Eigentums wirksam und abschreckend sein müssen. Es fordert aber gleichermaßen Verhältnismäßigkeit und erfordert in keiner Hinsicht die Verschiebung des durch das Urheberrecht zu gewährenden Interessenausgleichs zulasten der Nutzer durch Verlagerung der Aktionslast vom Rechteinhaber auf den Nutzer. Jedenfalls muss diese einseitige Verschiebung des Interessenausgleichs einhergehen mit einer Verstärkung der Gegenseite, des Schrankensystems.¹¹⁶

(5) Unionsgrundrechtswidrigkeit des Art. 17 DSM-RL?

Unionsrechtliche Maßnahmen unterliegen der unmittelbaren Bindung an die Unionsgrundrechte. Durch Richtlinien begründete Filterpflichten müssen sich daher, anders als die bisher freiwilligen Filter, unmittelbar am Unionsverfassungsrecht messen lassen. In UPC Telekabel¹¹⁷ entschied der EuGH jedenfalls für Access-Provider explizit:

*„[...] Maßnahmen, die der Anbieter von Internetzugangsdiensten ergreift, [müssen] in dem Sinne streng zielorientiert sein, dass sie dazu dienen müssen, der Verletzung des Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts durch einen Dritten ein Ende zu setzen, ohne dass Internetnutzer, die die Dienste dieses Anbieters in Anspruch nehmen, um rechtmäßig Zugang zu Informationen zu erlangen, dadurch beeinträchtigt werden. **Andernfalls wäre der Eingriff des Anbieters in die Informationsfreiheit dieser Nutzer gemessen am verfolgten Ziel nicht gerechtfertigt.** Die nationalen Gerichte müssen prüfen können, ob dies der Fall ist. Bei einer Anordnung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden haben sie aber,*

*wenn der Anbieter von Internetzugangsdiensten Maßnahmen ergreift, die es ihm ermöglichen, das vorgeschriebene Verbot umzusetzen, nicht die Möglichkeit, eine solche Kontrolle im Stadium des Vollstreckungsverfahrens vorzunehmen, wenn keine dahin gehende Beanstandung erfolgt. Damit die im Unionsrecht anerkannten Grundrechte dem Erlass einer Anordnung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehen, 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.**“*

Für Plattformen mit Interaktionsfunktion maßgeblich dürften aber im Wesentlichen die Urteile SABAM/Netlog¹¹⁸ und Scarlet Extended¹¹⁹ sein, in denen er entschied, dass vorbeugende Prüfpflichten in die unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 GRCh und in das Recht auf freien Empfang und Sendung von Informationen gem. Art. 11 GRCh eingreifen.¹²⁰ Zwar unterliegen beide Unionsgrundrechte einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt, Art. 52 GRCh, in den bisher durch den EuGH entschiedenen Fällen konnte der Eingriff allerdings nicht gerechtfertigt werden. Dabei lag dem Urteil SABAM/Netlog nahezu der gleiche Sachverhalt zugrunde wie die nun von Art. 17 DSM-RL geregelte Sachlage, weshalb nachfolgend die Unionsgrundrechtswidrigkeit des Art. 17 DSM-RL grundlegender Erörterung bedarf.

(a) Erforderlichkeit des Eingriffs

Eine Täterhaftung für Plattformen wird im Wesentlichen auf das Argument der Verteilungsgerechtigkeit sowie auf das Argument der massenhaften Rechtsverletzungen gestützt: Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass Plattformen durch Werbeeinnahmen an den Vorteilen von Rechtsverletzungen partizipieren

114 Voorhoof, Freedom of Expression, Parody, Copyright and Trademarks, in: Ginsburg/Besek, Adjuncts and Alternatives to Copyright, Proceedings of the ALAI Congress 2001, 2002, S. 636, 639: „Copyright and trademark protections are the monopoly islands in the ocean of freedom.“; Geiger, GRUR Int. 2004, 815; 818 ff.; ders., GRUR Int. 2008, 459, 461; Geiger, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 150; Dreier, GRUR Int. 2015, 648, 656.

115 Vgl. hierzu Becker, ZUM 2019, 636 ff.

116 So bereits grundlegend bzgl. des immer weiter reichenden Schutzes der Urheberrechtsinhaber Hilty, Urheberrecht, 2011, S. 376.

117 RS C 314/12 Tz. 56, 57.

118 RS C 360/10.

119 RS C 70/10.

120 Diese Rechtsprechung wird auch durch EuGH C-18/18 Glwischnik-Pieszek nicht relativiert, denn auch hier standen allein Prüfpflichten aus Anlass einer Rechtsverletzung in Rede. Übertragen wurde lediglich die Kerntheorie und damit die Reichweite der Staydown-Verpflichtung auf das Äußerungsrecht.

und sie, wenn nicht gar aktiv beförderten, so doch jedenfalls ermöglichten. Auf Grundlage der von YouTube für die USA vorgelegten Zahlen (für Deutschland liegen, soweit ersichtlich, keine Zahlen vor) belaufen sich die jährlichen Urheberrechtsverletzungen auf etwa 2,5 Millionen.¹²¹ Allerdings werden auch ca. 400 Stunden Videomaterial je Minute bei YouTube eingestellt,¹²² was die Zahl jedenfalls z.T. relativiert. Dass es nicht zu einer größeren Anzahl an Rechtsverletzungen kommt, ist v.a. darauf zurückzuführen, dass Urheberrechtsverletzungen auf YouTube zu 98 %¹²³ nicht auf Grundlage eines individuellen Claims herausgefiltert werden, sondern auf Grundlage eines bereits in der Vergangenheit eingesetzten freiwilligen Filtersystems (Content-ID). Hier stellen die Rechteinhaber Referenzdateien zur Verfügung und bestimmen, was mit übereinstimmenden Uploads geschehen soll (sperrern oder monetarisieren), sodass es gar nicht erst zu Urheberrechtsverletzungen kommt. Dass Argument der Massenhaftigkeit der Rechtsverletzungen steht daher jedenfalls für Youtube auf wackeligen Beinen, allerdings adressiert Art. 17 DSM-RL jegliche Plattformen mit interaktionsmitteln der Funktion, weshalb er nicht unter Verweis auf eine einzige in der Praxis gut funktionierende freiwillige Lösung als nicht erforderlich erachtet werden kann.

Weil die Plattformen mangels bisheriger täterschaftlicher Verantwortlichkeit weder gezwungen waren, Lizenzverträge mit den Rechteinhabern abzuschließen, die eine angemessene Vergütung vorsehen, noch im Wege der Schadensersatzhaftung einen Vermögenszuwachs verzeichnen können, besteht die Vermutung, dass es zu einem Wertschöpfungsungleichgewicht kommt. Art. 17 DSM-RL soll dementsprechend den Rechteinhabern einen Ausgleich für die Rechtsverletzungen gewährleisten und dem Wertschöpfungsungleichgewicht durch Lizenzierungspflichten und Täterhaftung entgegenwirken. Zwar zahlte beispiels-

weise YouTube auch ohne explizite Verpflichtung zum Abschluss von Lizenzverträgen allein in 2017 nach eigenen Angaben etwa 3 Milliarden US-Dollar an Rechteinhaber, die ihren Content über das Programm Content-ID angemeldet hatten. 1,8 Milliarden US-Dollar zahlte YouTube an Werbeeinnahmen an die Musikindustrie.¹²⁴ Ob dies allerdings ausreichend ist, um die Rechteinhaber angemessen zu vergüten, bedürfte sicherlich umfassender Erörterung. Die weltweiten Werbeausgaben betrugen laut der Werbeagentur GroupM im Jahr 2018 immerhin insgesamt rund 590,7 Milliarden US-Dollar und werden laut der Prognose im Jahr 2019 auf knapp 626 Milliarden US-Dollar steigen.¹²⁵

(b) Angemessenheit

Die unionsgrundrechtseinschränkenden Gesetze müssen aber auch ihrerseits verhältnismäßig sein. In Sabam/Netlog hat der EuGH hierzu ausgeführt, es sei ein angemessener Ausgleich zwischen dem Schutz des Rechts am Geistigen Eigentum und dem Schutz der Grundrechte und Personen, die von „solchen Maßnahmen“ (hier: vorbeugende Prüfpflichten) betroffen sind, erforderlich.

(aa) Angemessenheit des Eingriffs in Art. 16 GRCh

Eine Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in Art. 16 GRCh könnte dabei jedenfalls noch in Erwägung gezogen werden, weil den von Art. 17 DSM-RL adressierten Plattformen möglicherweise eine aktivere Rolle zugesprochen werden könnte und kumulativ eine Kleinstplattformklausel vorgesehen ist. Das mildert die Belastung der Plattform ab. Der EuGH hat in seiner Entscheidung „UPC Telekabel“¹²⁶ statuiert, dass sich die Verhältnismäßigkeit einer dem Plattformbetreiber abverlangten Maßnahme v.a. daraus ergibt, dass er die konkrete Maßnahme zur Verhinderung von Rechtsverletzungen wählen kann. Ihm darf nicht eine einzige undifferenziert für alle Plattformbetreiber geltende Maßnahme vorgeschrieben werden. Diesem Erfordernis entspricht auch

121 How Google fights Piracy, November 2018, S. 30, abrufbar unter: https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, zuletzt abgerufen am 11.02.2020.

122 How Google fights Piracy, November 2018, S. 19, abrufbar unter: https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, zuletzt abgerufen am 11.02.2020.

123 How Google fights Piracy, November 2018, S. 30, abrufbar unter: https://storage.googleapis.com/gweb-uniblog-publish-prod/documents/How_Google_Fights_Piracy_2018.pdf, zuletzt abgerufen am 11.02.2020.

124 Manara, Protecting what we love about the internet: our efforts to stop online piracy, 07.11.2018, abrufbar unter: <https://www.blog.google/outreach-initiatives/public-policy/protecting-what-we-love-about-internet-our-efforts-stop-online-piracy/>, zuletzt abgerufen am 11.02.2020.

125 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/194137/umfrage/prognose-der-entwicklung-der-werbeausgaben-weltweit/>, zuletzt abgerufen am 03.04.2020.

126 EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 – UPC Telekabel/Constantin Film u.a. (kino.to).

Art. 17 DSM-RL, der lediglich vorgibt, die Plattform müsse nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen haben, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände nicht verfügbar sind. Der EuGH zeigt sich mit dieser Formulierung jedenfalls potentiell als in seinen Vorgaben beweglich.

All diese Argumente stehen aber auf unsicherer Beurteilungsgrundlage. Insbesondere scheinen die Abweichungen vom Sachverhalt in Sabam/Netlog nicht so erheblich, dass eine andere Beurteilung zwingend geboten wäre. Insofern wird letztlich der EuGH darüber entscheiden müssen, ob durch Art. 17 DSM-RL ein unverhältnismäßiger Eingriff in die unternehmerische Freiheit vorliegt.

(bb) Angemessenheit des Eingriffs in Art. 11 GRCh

Zu einem möglichen Eingriff in Art. 11 GRCh hält der EuGH in Sabam/Netlog¹²⁷ und Scarlet Extended¹²⁸ fest: „Zum anderen könnte die fragliche Anordnung die Informationsfreiheit beeinträchtigen, weil die Gefahr bestünde, dass das System nicht hinreichend zwischen einem unzulässigen und einem zulässigen Inhalt unterscheiden kann, so dass sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte.“

Die Angemessenheit des Eingriffs bestimmt sich anhand einer Abwägung der konfligierenden Unionsgrundrechte und zwar im Wege einer Rechtsfolgenbetrachtung: Was bedeutete es auf der einen Seite für Rechteinhaber, wenn Filtertechniken nicht verpflichtend ausgestaltet würden, was bedeutete eine verpflichtende Ausgestaltung auf der anderen Seite für die Nutzer? Ohne Filtersysteme läge die Aktionslast weiterhin beim Rechteinhaber, was einen hohen Zeit- und ggf. auch einen gewissen Kostenaufwand (sofern die Verfolgung einer Rechtsverletzung rechtmäßig ist, hat der Rechteinhaber allerdings einen Anspruch auf Kostenersatz) erforderte.

Existiert der behauptete Value Gap tatsächlich, besteht außerdem ein hoher Verlust aufgrund ausbleibender Vergütungen.

Auf Seiten der Nutzer ist festzustellen, dass im Falle verpflichtender Filtertechniken die Aktionslastverschiebung zulasten der Nutzer die Wahrnehmung von Nutzerbefugnissen empfindlich beeinträchtigt, was bereits so schwer wiegt, dass es eine Unangemessenheit des Eingriffs begründen könnte. Allein die in Art. 17 Abs. 9 vorgesehenen Schutzmaßnahmen zugunsten des Nutzers könnten diese Aktionslastverschiebung kompensieren mit der Folge einer Verhältnismäßigkeit des Eingriffs. Art. 17 Abs. 9 gibt lediglich vor, dass im Falle von Streitigkeiten über die Sperrung des Zugangs zu den von Nutzern hochgeladenen Werken oder sonstigen Schutzgegenständen bzw. über die Entfernung der von diesen hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung gestellt werden müssen.

Welche Verfahrensvorgaben hier tatsächlich erforderlich sind, bleibt unklar. Art. 17 bedarf daher der unionsgrundrechtskonformen Auslegung. Und weil der durch die Aktionslastverschiebung herbeigeführte Nachteil für die Nutzer so erheblich wirkt, ist das Verfahren so nutzerfreundlich wie möglich auszugestalten, um überhaupt an eine Rechtfertigung des durch Art. 17 DSM-RL vorgenommenen Eingriffs in Art. 11 GRCh denken zu können. Konkret bedarf es eines subjektiven Nutzerrechtes¹²⁹ auf Durchsetzung der in Art. 17 Abs. 7 benannten Schrankenbestimmungen, das auch AGB-rechtlich nicht abbedungen werden kann.¹³⁰ Die Plattform sollte also keine Möglichkeit haben, einen Inhalt unter Berufung auf seine Urheberrechtswidrigkeit zu sperren, wenn eine solche Urheberrechtswidrigkeit tatsächlich nicht vorliegt. Bei einem Inhalt, der zunächst gesperrt worden ist, sollte insofern ein Restore-Anspruch bestehen, sofern der Inhalt keine Urheberrechtsverletzung begründet. Einen generellen An-

127 EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 = GRUR 2012, 382 Tz. 50 – SABAM/Netlog.

128 EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:2011:771 = GRUR 2012, 265 Tz. 52 – Scarlet Extended.

129 Die Richtlinie fordert die Einführung eines solchen Nutzerrechtes explizit, vgl. Art. 17 Abs. 7 und 9 DSM-RL: Gerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten der Nutzer setzen subjektive Nutzerrechte voraus; ebenso: Metzger/Sentleben, Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market in National Law – Comment of the European Copyright Society, S. 11; Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1220; Leistner, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

130 Ein subjektives Nutzerrecht lehnt der Bitkom e.V. ab. Es widerspricht der unternehmerischen Freiheit der Plattform. Zudem versetzt es die Plattform in die Unmöglichkeit, sich rechtstreu zu verhalten. Die Bewertung, ob ein Inhalt Urheberrechte verletzt oder nicht, ist teils hochkomplex. Dieses rechtliche Risiko kann nicht von der Plattform getragen werden.

spruch auf Onlinestellung eines Inhaltes kann es demgegenüber unter Berücksichtigung der Privatautonomie des Plattformbetreibers nicht geben.¹³¹ Entsprechend ist es der Plattform außerhalb des von Art. 17 Abs. 7 DSM-RL betroffenen Bereichs weiterhin möglich, AGB-rechtliche Standards zur Onlinestellung von Inhalten festzulegen, die aber freilich der AGB-Kontrolle unterliegen. Darüber hinaus bedarf es einer Schlichtungsstelle für Streitigkeiten über die (Un-)Zulässigkeit von gefilterten Inhalten, der Ausweitung der Klagebefugnis von Verbänden bei Abbedingung von Schrankenbestimmungen entsprechend §§ 2a, 3a UKlaG, die dieses Recht auch bei der technischen Abbedingung von Schrankenbestimmungen gem. § 95a UrhG vorsehen, sowie der verfahrensrechtlichen Absicherung der Nutzerrechte entsprechend dem Blogeintrag-Verfahren bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen.¹³² Während der Dauer der Überprüfung eines Inhaltes einer Plattform ist zu erwägen, ob der Inhalt online gehalten werden sollte, sofern er als zulässiger Inhalt gekennzeichnet wurde.¹³³ In Betracht kommt insoweit ein delayed take-down.¹³⁴ Es lassen sich außerdem Transparenzpflichten der Plattformen erwägen, welche Anzahl von Inhalten jährlich geblockt werden, wie viele Sperrungen der Inhalte angegriffen werden und in wie vielen Fällen Schlichtungsstelle und Gericht letztlich zugunsten der Nutzungsfreiheit entscheiden. Außerdem sind Missbrauchsfälle im Blick zu behalten.

(cc) Ergebnis: Unionsrechtskonformität von Art. 17 DSM-RL bei Gewährleistung eines nutzerfreundlichen Verfahrens

Im Ergebnis stellt sich Art. 17 DSM-RL nach alledem als mit Art. 11 GRCh vereinbar dar, allerdings ergibt sich bei unionsgrundrechtskonformer Auslegung, dass die durch die Aktionslastverschiebung zulasten der Nutzer herbeigeführte Beeinträchtigung von Art. 11 GRCh durch ein entsprechend nutzerfreundliches Verfahren zu kompensieren ist. Es darf darauf hingewiesen sein, dass sich dieses nutzerfreundliche Verfahren selbstverständlich an datenschutzrechtliche Vorgaben halten, insbesondere dem Grundsatz der Datenminimierung genügen muss.

(6) Auswirkungen auf die Verbraucher –

Handlungsempfehlungen¹³⁵

Als Handlungsempfehlung aus Verbraucherperspektive ergibt sich für die Umsetzung des Art. 17 DSM-RL insbesondere, dass bei unionsgrundrechtskonformer Auslegung von Art. 17 DSM-RL Nutzerschutz vorzusehen ist:

1. Gewährleistung der von Art. 17 Abs. 7 DSM-RL vorgesehenen Schrankenbestimmungen als subjektive Nutzerrechte;
2. konkrete Verfahrensvorkehrungen bestehend aus Informationspflichten, Schlichtungsstelle und gerichtlichen Überprüfungsmöglichkeiten der Plattformentscheidungen sowie der Entscheidungen der Schlichtungsstelle;
3. flankierende Maßnahmen:
 - a. Präventiver Nutzerschutz (Pre-Flagging rechtmäßiger Inhalte und delayed take-down, Technikregulierung);
 - b. Erstreckung der Klagebefugnis von Verbänden aus §§ 2a, 3a UKlaG auf die Abbedingung von Schrankenbestimmungen durch Filtertechniken;
 - c. Transparenzpflichten der Plattformen;
 - d. Monitoring von Missbrauchsfällen;
 - e. Evaluation auf empirischer Grundlage.

3. Gewerblicher Rechtsschutz

Gewerbliche Schutzrechte werden durch die Interaktionsfunktion von Plattformen v.a. verletzt, wenn im geschäftlichen Verkehr Produktnachahmungen (häufig aus dem Nicht-EU-Ausland) beworben werden. Der Schwerpunkt der Verletzung gewerblicher Schutzrechte findet damit auf Plattformen mit Transaktionsfunktion statt. Es gilt das sog. Schutzlandprinzip, nach dem sich das Bestehen eines gewerblichen Schutzrechts

¹³¹ Spindler, CR 2020, 50, 57.

¹³² Eine Befugnis zur Verbandsklage unterstützt der Bitkom e. V. nicht.

¹³³ So auch: Raue/Steinebach, ZUM 2020, 355 ff.; Spindler, CR 2020, 50, 57, der dies unter dem Begriff des Flaggings fasst.

¹³⁴ Hofmann, GRUR 2019, 1219, 1228.

¹³⁵ Die Handlungsempfehlungen in Ziffer (6) werden vom Bitkom e. V. nicht mitgetragen. Insbesondere die Einführung eines subjektiven Nutzerrechtes hätte zur Folge, dass sich Plattformen bei einer Vielzahl von urheberrechtlich nicht eindeutig zu bewertenden Inhalten nicht rechtstreu und ohne Haftungsrisiko verhalten könnten.

nach dem jeweiligen nationalen Recht richtet.¹³⁶ Selbst wenn also ein Produkt in einem Drittland wie z.B. China nicht geschützt ist, so sind beim Vertrieb in der EU dennoch die in der EU geltenden Schutzrechte zu beachten. Art. 8 Rom-II-VO schützt dies kollisionsrechtlich. Eine Haftung der Plattform kommt regelmäßig in Betracht, wenn diese zumutbare Prüfpflichten verletzt. Sie haftet dann als Störer. Anlasslose Prüfpflichten bestehen grds. nicht.¹³⁷ Der Plattformbetreiber muss also erst dann einschreiten, wenn er von einer Rechtsverletzung Kenntnis erlangt (sog. Notice-and-take-down-Verfahren).¹³⁸ Gleichwohl bestehen auch im Bereich der gewerblichen Schutzrechte Bestrebungen, die Plattformbetreiberhaftung zu einer Täterhaftung auszuweiten.¹³⁹ Sobald sich Plattformen Inhalte „zu eigen machen“ im bereits beschriebenen Sinne, haften sie ohnehin täterschaftlich. Dies gilt auch dann, wenn sie gezielt Manipulationen an Angeboten vornehmen.¹⁴⁰

4. Lauterkeitsrecht

a) Plattformbegriffsverständnis des Lauterkeitsrechts und Plattformbetreiberhaftung de lege lata

Auch das Lauterkeitsrecht kennt den Plattformbegriff nicht explizit, die Intermediärhaftung hat hier aber eine lange Tradition. Seit BGH GRUR 2007, 890 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay* haftet der Intermediär nicht mehr als Störer einer Rechtsverletzung, sondern täterschaftlich bei Verletzung lauterkeitsrechtlicher Verkehrspflichten, wobei die §§ 7–10 TMG auch hier zur Bestimmung der Reichweite dieser lau-

terkeitsrechtlichen Verkehrspflichten heranzuziehen sind.¹⁴¹ Das heißt, der Plattformbetreiber haftet auch wettbewerbsrechtlich erst ab Kenntnis des entsprechenden Rechtsverstoßes.¹⁴² Es bedarf eines konkreten Hinweises auf die rechtsverletzenden Angebote bei einem bestimmten Anbieter.¹⁴³ Soweit eine Prüfungspflicht besteht, schuldet der Plattformbetreiber außerdem lediglich angemessene Bemühungen, entsprechend rechtsverletzende Angebote aufzudecken und zu entfernen. Ist trotz angemessener Bemühungen ein vollständiger Ausschluss der fraglichen Angebote von der Plattform nicht möglich, verstößt die Plattform mit einer entsprechenden Untätigkeit nicht gegen die wettbewerbsrechtlichen Verkehrspflichten.¹⁴⁴

Eine lauterkeitsrechtliche Haftung der Plattform kann sich einerseits auf der Grundlage unlauterer Handlungen seiner Nutzer ergeben, z.B. unzulässiger Bewertungen. Wird der Plattformbetreiber in ausreichender Weise auf die Rechtsverletzung hingewiesen, ist er verpflichtet, die konkrete Rechtsverletzung zu entfernen und Vorsorgemaßnahmen gegen künftige Rechtsverletzung dieser Art zu treffen.¹⁴⁵ Eine Verbreiterhaftung gem. § 4 Nr. 2 UWG kommt ebenfalls nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des § 10 TMG in Betracht.¹⁴⁶ Der Betreiber einer Ärztebewertungsplattform haftet etwa auf lauterkeitsrechtlicher Grundlage, wenn er von Dritten eingetragene akademische Grade einer Person, die von dieser tatsächlich nicht erworben wurden, nach Hinweis nicht entfernt.¹⁴⁷ Den Anbieter eines auf einer Online-Handelsplattform angebotenen Produkts trifft dagegen grds. keine lauterkeitsrechtliche Haftung für Bewertungen des Produkts durch Kun-

136 Vgl. zum Urheberrecht: Dreier/Schulze-Dreier, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor §§ 120 ff. Rn. 26 ff.; zum Markenrecht: Fezer-Fezer, Markenrecht, 4. Aufl. 2009, 1. Teil Einl. Abschn. H Rn. 17 ff.

137 Zuletzt: OLG München, Urt. v. 29.09.2016 – 29 U 745/16, MMR 2016, 270.

138 Vgl. fürs Markenrecht: Spindler/Schuster-Müller, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 14 MarkenG Rn. 13 ff.

139 Hohlweck, ZUM 2017, 109, 114; vgl. insofern zur Gehilfenhaftung eines Sharehosters: LG München I, Urt. v. 18.03.2016 – 37 O 6200/14, ZUM-RD 2016, 392; aktuell auch: BGH, Urt. v. 30.07.2015 – I ZR 104/14, MMR 2016, 100 – Posterlounge.

140 LG Berlin, Urt. v. 09.08.2012 – 52 O 33/12, GRUR-RS 2016, 13639.

141 BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 Tz. 20 ff. – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

142 BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 Tz. 41 ff. – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

143 BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 Tz. 46 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

144 BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890 Tz. 50 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

145 BGH, Urt. v. 19.03.2015 – I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 Tz. 42 – Hotelbewertungsportal.

146 BGH, Urt. v. 19.03.2015 – I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 Tz. 34 ff. – Hotelbewertungsportal.

147 LG Hamburg, Urt. v. 26.07.2016 – 312 O 574/15, MMR 2017, 48 – Erfolgsabwendungspflicht bei Drittverstößen im Wettbewerbsrecht.

den.¹⁴⁸ Das Bundeskartellamt hat Mitte Mai 2019 eine Sektoruntersuchung zu Nutzerbewertungen im Internet eingeleitet, deren Ergebnisse aber bei Fertigstellung der Stellungnahme noch nicht vorlagen.¹⁴⁹ Empfehlungen über Kundenbewertungen liegen ebenfalls auf Grundlage der DIN ISO 20488:2018 vor.¹⁵⁰

Andererseits kommt eine lauterkeitsrechtliche Inanspruchnahme des Plattformbetreibers für eigene unlautere Handlungen in Betracht, insbesondere für seinerseits erfundene oder manipulierte Äußerungen. Ferner kann eine unlautere Handlung des Plattformbetreibers vorliegen, wenn der Plattformbetreiber ausgewählte Nutzerbewertungen privilegiert darstellt oder wenn er seinen Dienst mit „garantiert echten Meinungen“ bewirbt. Eine algorithmenbasierte Darstellung der Bewertungen als „empfohlen“ und „derzeit nicht empfohlen“ ist dagegen nach Auffassung des BGH zulässig.¹⁵¹

aa) Konkretes Wettbewerbsverhältnis

Für eine lauterkeitsrechtliche Inanspruchnahme der Plattform muss zwischen der Plattform und dem Anspruchssteller ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehen. Dieses konkrete Wettbewerbsverhältnis liegt gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG vor, wenn beide Parteien gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen, mit der Folge, dass das konkret beanstandete Wettbewerbsverhalten des einen Wettbewerbers den anderen beeinträchtigen, d.h. im Absatz behindern oder stören kann.¹⁵²

Angesichts des Interesses an einem effektiven lauterkeitsrechtlichen Schutz sind diese Anforderungen an das konkrete Rechtsverhältnis nicht zu hoch anzusetzen.¹⁵³ Ausreichend ist daher, dass zwischen den Vorteilen, die eine Partei durch eine Maßnahme für ihr Unternehmen oder das eines Dritten zu erreichen sucht, und den Nachteilen, die die andere Partei dadurch erleidet, eine Wechselwirkung in dem Sinne besteht, dass der eigene Wettbewerb gefördert und der fremde Wettbewerb beeinträchtigt werden kann.¹⁵⁴ Nicht erforderlich ist, dass die Parteien auf der gleichen Vertriebsstufe tätig sind, solange sie letztlich gleichartige Waren oder Dienstleistungen innerhalb desselben Endverbraucherkreises abzusetzen versuchen.¹⁵⁵

So wurde ein ausreichend konkretes Wettbewerbsverhältnis vom BGH zwischen einem Hotelbetreiber sowie dem Anbieter eines Online-Reisebüros, das mit einer Hotel-Plattform verknüpft ist, angenommen.¹⁵⁶ Die Parteien versuchten zwar nicht, gleichartige Dienstleistungen abzusetzen, jedoch beabsichtigte das Online-Reisebüro durch das Vorhalten von Bewertungen auf seiner Hotel-Plattform die Attraktivität des eigenen Dienstes zu erhöhen. Dagegen war die Anzeige einer negativen Bewertung des Hotels der Anspruchsstellerin auf der Hotel-Plattform der Anspruchsgegnerin geeignet, den Absatz der Beherbergungsdienstleistung der Anspruchsstellerin zu beeinträchtigen.¹⁵⁷

148 BGH, Urt. v. 20.02.2019 – I ZR 193/18 – Kundenbewertungen auf Amazon.

149 Siehe dazu die Pressemitteilung des BKartA v. 23.05.2019 – Bundeskartellamt leitet Sektoruntersuchung zu Nutzerbewertungen ein, abrufbar unter: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2019/23_05_2019_SU_Nutzerbewertungen.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 19.03.2020.

150 ISO, Online consumer reviews – Principles and requirements for their collection, moderation and publication (ISO/DIS 20488:2018), 2018.

151 BGH, Urt. v. 14.01.2020 – VI ZR 496/18 – Yelp.

152 BGH, Urt. v. 21.01.2016 – I ZR 252/14, GRUR 2016, 828, 829 Tz. 20 – Kundenbewertung im Internet; BGH, Urt. v. 10.04.2014 – I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 Tz. 24 – nickelfrei; BGH, Urt. v. 28.09.2011 – I ZR 93/10, GRUR 2012, 201, 202 Tz. 19 – Poker im Internet; BGH, Urt. v. 28.09.2011 – I ZR 92/09, GRUR 2012, 193, 195 Tz. 17 – Sportwetten im Internet II; BGH, Urt. v. 13.07.2006 – I ZR 241/03, GRUR 2006, 1042, 1043 Tz. 14 – Kontaktanzeigen; BGH, Urt. v. 21.02.2002 – I ZR 281/99, GRUR 2002, 902, 903 – Vanity-Nummer.

153 BGH, Urt. v. 10.04.2014 – I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 Tz. 32 – nickelfrei.

154 BGH, Urt. v. 10.04.2014 – I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 Tz. 32 – nickelfrei.

155 BGH, Urt. v. 21.01.2016 – I ZR 252/14, GRUR 2016, 828, 829 Tz. 20 – Kundenbewertung im Internet; BGH, Urt. v. 10.04.2014 – I ZR 43/13, GRUR 2014, 1114 Tz. 27 – nickelfrei; BGH, Urt. v. 28.09.2011 – I ZR 92/09, GRUR 2012, 193, 195 Tz. 17 – Sportwetten im Internet II; BGH, Urt. v. 29.04.2010 – I ZR 99/08, GRUR 2011, 82, 83 Tz. 19 – Preiswerbung ohne Umsatzsteuer; BGH, Urt. v. 13.07.2006 – I ZR 241/03, GRUR 2006, 1042, 1043 Tz. 14 – Kontaktanzeigen.

156 BGH, Urt. v. 19.03.2015 – I ZR 94/13, MMR 2015, 726, 727 f. Tz. 29, 20 – Hotelbewertungsportal.

157 BGH, Urt. v. 19.03.2015 – I ZR 94/13, MMR 2015, 726, 278 Tz. 20 – Hotelbewertungsportal.

bb) Haftung für unlautere Handlungen der Plattformnutzer

§ 3 Abs. 3 UWG verbietet geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern, die im Anhang des UWG zu dieser Vorschrift aufgeführt werden (sog. „schwarze Liste“). Hierbei handelt es sich um Per-se-Verbote, die keine weitergehende Erörterung der geschäftlichen oder wettbewerbsrechtlichen Relevanz der Handlung voraussetzen.¹⁵⁸ Für den Verbraucherbegriff gilt gemäß § 2 Abs. 2 UWG die allgemeine Regelung gemäß § 13 BGB entsprechend. Danach ist ein Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Eine geschäftliche Handlung ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Als Waren gelten auch Grundstücke, als Dienstleistungen auch Rechte und Verpflichtungen. Erfasst wird jede Tätigkeit, welche der Förderung eines Geschäftszwecks zu Gunsten des eigenen, aber auch eines fremden Unternehmens dient.¹⁵⁹ Dieser Geschäftszweck muss aber nicht in einem Erwerbszweck bzw. in einer Gewinnerzielungsabsicht bestehen.¹⁶⁰ Rein betriebsinterne Vorgänge sind allerdings grundsätzlich keine geschäftlichen Handlungen i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG.¹⁶¹

cc) Erfundene und gekaufte Bewertungen und Likes

Relevant für die Haftung für unlautere Handlungen der Plattformnutzer sind insbesondere erfundene oder gekaufte Bewertungen. Die Unlauterkeit ergibt sich allerdings nicht bereits aus Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG,¹⁶² der den vom Unternehmer finanzierten Einsatz sogenannter „als Information getarnte[r] Werbung“ verbietet. Denn Nr. 11 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG erfordert redaktionelle Inhalte, die den Anschein einer objektiven Berichterstattung erwecken.¹⁶³ Da es sich bei Kundenbewertungen indes wesensmäßig um subjektiv geprägte Inhalte handelt, scheidet eine Haftung des Bewerteten hier in der Regel aus.¹⁶⁴

(1) Erwecken des Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher

Veranlasst ein Unternehmer gekaufte Kundenbewertungen, ohne seine Unternehmereigenschaft zu kennzeichnen, so kann dies allerdings den Tatbestand der Nr. 23 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG erfüllen. Denn dann geht der durchschnittlich informierte Verbraucher davon aus, dass die Bewertung tatsächlich von einem anderen Verbraucher oder jedenfalls von einem nicht für Zwecke seines Geschäfts handelnden Unternehmer abgegeben wurde.¹⁶⁵ Denn Bewertungen sind jedenfalls in der Regel auf einen Erfahrungsaustausch zwischen Verbrauchern ausgelegt.¹⁶⁶ Nr. 23 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG verbietet die unwahre Angabe oder das Erwecken des unzutreffenden Eindrucks, der Unternehmer sei Verbraucher oder nicht für Zwecke seines Geschäfts, Handels, Gewerbes oder Berufs tä-

158 OLG Köln, Urt. v. 23.02.2011 – 6 U 159/10, GRUR-RR 2011, 275, 276 – „Testsieger“-Werbung; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 84 Rn. 8.

159 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.02.2019 – 6 W 9/19, MMR 2019, 313, 315 Tz. 23 – Schleichwerbung in sozialen Medien; MüKo Lauterkeitsrecht-Ruess, 3. Aufl. 2020, § 5 UWG Rn. 147.

160 MüKo Lauterkeitsrecht-Ruess, 3. Aufl. 2020, § 5 UWG Rn. 149.

161 BGH, Urt. v. 25.09.1970 – I ZR 47/69, GRUR 1971, 119 – Branchenverzeichnis; BGH, Urt. v. 11.05.2000 – I ZR 28/98, GRUR 2000, 1076, 1077 – Abgasemissionen; MüKo Lauterkeitsrecht-Ruess, 3. Aufl. 2020, § 5 UWG Rn. 147.

162 Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler, UWG, 38. Aufl. 2020, Anh. zu § 3 Abs. 3 Rn. 11.2; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 84 Rn. 9; Heermann, WRP 2014, 509, 511; Ahrens/Richter, WRP 2011, 814, 816; Schirmbacher, K&R 2009, 433, 436; krit. aber Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Frank, UWG, 4. Aufl. 2016, Anh. § 3 Abs. 3 Nr. 11 Rn. 15-19; a.A. Hoeren/Sieber/Holznapel-Solmecke, Multimedia-Recht, 50. EL Oktober 2019, Teil 21.1 Rn. 64.

163 BGH, Urt. v. 06.02.2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 Tz. 24 – GOOD NEWS II; OLG Hamburg, Beschl. v. 19.06.2012 – 5 W 58/12, WRP 2012, 1287 Tz. 5; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 84 Rn. 9; Köhler/Bornkamm/Feddersen-Köhler, UWG, 38. Aufl. 2020, Anh. zu § 3 Abs. 3 Rn. 11.2.

164 Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 84 Rn. 9.

165 Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 85 Rn. 11.

166 So auch Ahrens/Richter, WRP 2011, 814, 816, die darauf verweisen, dass sich der Zweck der Plattform aus entsprechenden Nutzungsbedingungen ergeben kann.

tig. Unzulässig ist also das Nichtkenntlichmachen der Unternehmereigenschaft i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG. Hierdurch soll eine informierte geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers gewährleistet werden.¹⁶⁷ Unternehmer ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt, und jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt. Die Gegenauffassung verneint eine Verletzung des Nr. 23 mit der Begründung, der Tatbestand erfasse allein unmittelbar auf einen Vertragsschluss gerichtete Erklärungen des Unternehmers. Geschäftliche Verhaltensweisen im Vorfeld des Geschäftsabschlusses seien ausgeschlossen.¹⁶⁸

(2) Unkenntlichkeit des kommerziellen Zwecks einer Bewertung

Wird die konkrete Handlung nicht vom Anhang des § 3 Abs. 3 UWG erfasst, so kann sie gleichwohl noch am Maßstab der allgemeinen lauterkeitsrechtlichen Vorschriften gemessen werden, wobei insbesondere § 5a Abs. 6 UWG, § 4a und § 5 UWG relevant sind.

Nach § 5a Abs. 6 UWG handelt unlauter, wer den kommerziellen Zweck einer geschäftlichen Handlung nicht kenntlich macht, sofern sich dieser nicht unmittelbar aus den Umständen ergibt und das Nichtkenntlichmachen geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls

nicht getroffen hätte. Diese Vorschrift geht auf Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2005/29/EG (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) zurück.¹⁶⁹

Eine Unkenntlichkeit des kommerziellen Zwecks liegt vor, wenn das äußere Erscheinungsbild einer geschäftlichen Handlung so gestaltet wird, dass der Verbraucher ihren kommerziellen Zweck nicht klar und eindeutig erkennen kann.¹⁷⁰ Hierbei kommt es auf die Einzelfallumstände an, wobei auf die Sicht des durchschnittlich informierten, situationsadäquat aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers oder des durchschnittlichen Mitglieds der angesprochenen Verbrauchergruppe (§ 3 Abs. 4 S. 1 UWG) abzustellen ist.¹⁷¹ Grundsätzlich geht der Verkehr bei Produktbewertungen davon aus, dass diese unbeeinflusst erstellt wurden, für deren Erstellung also keine Gegenleistung erbracht wurde.¹⁷² Erfolgt für eine Bewertung eine Gegenleistung, so ist dies insofern entsprechend kenntlich zu machen.

Der Hinweis muss so deutlich erfolgen, dass aus Sicht des Durchschnittsverbrauchers kein Zweifel am Vorliegen eines kommerziellen Zwecks besteht. Etwas anderes ließe sich allein für offensichtliche Werbebewertungen erwägen. Voraussetzung ist indes, dass der Verbraucher auf den ersten Blick und ohne jeden Zweifel erkennen kann, dass der Handlung ein kommerzieller Zweck zugrunde liegt.¹⁷³ Muss der Verbraucher sich ausführlicher mit der Kundenbewertung auseinander-

167 MüKo Lauterkeitsrecht-Alexander, 3. Aufl. 2020, Anh. zu § 3 Abs. 3 Nr. 11 UWG Rn. 5; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 85 Rn. 11.

168 So etwa Heermann, WRP 2014, 509, 512; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 85 Rn. 11.

169 Der Begriff der geschäftlichen Handlung reicht dabei weiter als der Begriff der Geschäftspraktiken i.S.d. Art. 2 lit. d) UGP-RL, weil er auch Handlungen zugunsten eines fremden Unternehmens und Nachfragehandlungen gegenüber Verbrauchern erfasst, s. BGH, Urt. v. 06.02.2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879, 880 Tz. 13 – GOOD NEWS II; dazu auch: Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 86 Rn. 12 f.

170 BGH, Urt. v. 31.10.2012 – I ZR 205/11, GRUR 2013, 644, 646 Tz. 15 – Preisrätselgewinnauslobung V; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.02.2019 – 6 W 9/19, MMR 2019, 313, 315 Tz. 27 – Schleichwerbung in sozialen Medien, Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 86 Rn. 14.

171 Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 86 f. Rn. 15.

172 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.02.2019 – 6 W 9/19, MMR 2019, 313, 315 Tz. 27 – Schleichwerbung in sozialen Medien.

173 BGH, Urt. v. 06.02.2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879, 882 Tz. 30 – GOOD NEWS II; BGH, Urt. v. 31.10.2012 – I ZR 205/11, GRUR 2013, 644, 646 f. Tz. 21 – Preisrätselgewinnauslobung V; KG, Beschl. v. 17.10.2017 – 5 W 233/17, MMR 2018, 245 f. Tz. 13; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.02.2019 – 6 W 9/19, MMR 2019, 313, 315 Tz. 28 – Schleichwerbung in sozialen Medien; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 87 Rn. 15.

setzen, um den kommerziellen Zweck erkennen zu können, so ist ein Hinweis in jedem Falle erforderlich.¹⁷⁴

Letztlich muss das Nichtkenntlichmachen des kommerziellen Zwecks geeignet sein, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Geschäftliche Entscheidung ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 9 UWG jede Entscheidung eines Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers darüber, ob, wie und unter welchen Bedingungen er ein Geschäft abschließen, eine Zahlung leisten, eine Ware oder Dienstleistung behalten oder abgeben oder ein vertragliches Recht im Zusammenhang mit einer Ware oder Dienstleistung ausüben will, unabhängig davon, ob der Verbraucher oder sonstige Marktteilnehmer sich entschließen, tätig zu werden. Erforderlich ist eine einzelfallbezogene Gesamtbeurteilung aller Umstände unter Einbeziehung des Aspekts, ob es sich um einen erfahrenen oder weniger erfahrenen Marktteilnehmer handelt.¹⁷⁵ Kundenbewertungen können grundsätzlich den Ausschlag dafür geben, ein Produkt zu erwerben oder eine Dienstleistung in Anspruch zu nehmen und damit ein Geschäft abzuschließen.¹⁷⁶ Somit sind sie regelmäßig auch geeignet, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen.¹⁷⁷

(3) Aggressive geschäftliche Handlungen

Weiterhin unlauter handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die dieser andernfalls nicht getroffen hätte, § 4a Abs. 1 UWG. Eine geschäftliche Handlung ist gemäß § 4a S. 2 UWG aggressiv, wenn sie im konkreten Fall unter Berücksichtigung aller Umstände geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers erheblich zu beeinträchtigen. Die

Beeinträchtigung muss nach § 4a S. 2 UWG durch Belästigung (Nr. 1), Nötigung einschließlich der Anwendung körperlicher Gewalt (Nr. 2) oder durch unzulässige Beeinflussung (Nr. 3) erfolgen.

Im Falle von Online-Bewertungen kann sich im Einzelfalle eine unzulässige Beeinflussung nach Nr. 3 ergeben. Voraussetzung ist allerdings, dass der Unternehmer eine Machtposition gegenüber dem Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zur Ausübung von Druck, auch ohne Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise ausnutzt, die die Fähigkeit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers zu einer informierten Entscheidung wesentlich beeinflusst.

(4) Irreführung

Gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 UWG handelt außerdem unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist irreführend, wenn sie geeignet ist, bei einem erheblichen Teil der angesprochenen Verkehrskreise irrige Vorstellungen hervorzurufen und die zu treffende Markterschließung in wettbewerbsrechtlich relevanter Weise zu beeinflussen. Die Beurteilung, ob eine Werbung irreführend ist, richtet sich nach dem Gesamteindruck, den sie beim durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher erweckt, der einer Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt.¹⁷⁸

Zur Abgrenzung des § 5 UWG von § 5a UWG ist auf den Schwerpunkt des Unlauterkeitsverstosses abzustellen. Das Irreführungsverbot gemäß § 5 UWG richtet sich gegen die falsche oder missverständliche Angabe als solche.¹⁷⁹ Beruht der Verstoß auf fehlender Transparenz

174 BGH, Urt. v. 06.02.2014 – I ZR 2/11, GRUR 2014, 879 Tz. 30 – GOOD NEWS II; BGH, Urt. v. 31.10.2012 – I ZR 205/11, GRUR 2013, 644 Tz. 21 – Preisrätselgewinnlausobung; Alexander, K&R 2016, 73, 77.

175 Alexander, K&R 2016, 73, 77; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 87 Rn. 16.

176 Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 87 Rn. 16.

177 Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 87 Rn. 16.

178 OLG Nürnberg, Urt. v. 19.04.2016 – 3 U 1974/15, MMR 2016, 527 Tz. 16.

179 Götting/Nordemann-Hasselblatt, UWG, 3. Aufl. 2016, § 5a Rn. 213; ähnlich: Alexander, K&R 2016, 73, 76; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 88 Rn. 17.

und dem Unterlassen eines Hinweises, dann ergibt sich die Unlauterkeit im Verhältnis Unternehmer-Verbraucher (B2C) aus § 5a UWG.¹⁸⁰

Eine Irreführung liegt gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 UWG dann vor, wenn die Handlung entweder unwahre Angaben oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben enthält. Hierzu zählt etwa eine unwahre Angabe über die Person, Eigenschaften oder Rechte des Unternehmers (§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 UWG), z.B. die unzutreffende Selbstbewertung als „Prädikatsanwalt“, um der eigenen Auffassung eine größere Glaubwürdigkeit zu verleihen.¹⁸¹ Ebenso liegt eine Irreführung vor, wenn Bewertungen frei erfunden werden oder ein unzutreffender Eindruck der Gesamtbewertungszahl erweckt wird.¹⁸²

Das LG Stuttgart hat es, gestützt auf § 5 Abs. 1 UWG, einem Unternehmen untersagt, im geschäftlichen Verkehr mittels zugekaufter „Fans“, „Likes“ oder „Gefällt mir-Angaben“ auf der Internetplattform Facebook zu werben und dadurch den Eindruck zu erwecken, dass diese Personen den „Gefällt mir-Button“ geklickt haben, weil ihnen das Unternehmen bzw. die Produkte der Antragsgegnerin gefallen. Facebook-Nutzer gingen nämlich davon aus, dass die Betätigung des „Like-Buttons“ auf positiven Erfahrungen mit dem Unternehmen bzw. seinen Produkten beruht, jedenfalls aber, dass die Betätigung des Buttons nicht erkauft wurde.¹⁸³

Demgegenüber hat das OLG Hamburg entschieden, dass die Verknüpfung einer Teilnahme an einem Gewinnspiel mit der Betätigung des „Like-Buttons“ zuläs-

sig ist.¹⁸⁴ Indes ist die Werbung mit einer Gesamtbewertung irreführend, wenn in diese Gesamtbewertung auch Einzelbewertungen eingeflossen sind, die sich als „Belohnung“ für die Teilnahme an einem Gewinnspiel darstellen. Bei solchen Bewertungen sei davon auszugehen, dass diese nicht frei und unabhängig abgegeben worden sind, sondern aus Anlass des Gewinnspiels eher positiv ausfallen.¹⁸⁵

Nach Auffassung des OLG Frankfurt a.M. ist es irreführend, nach dem Wechsel eines Restaurants von einem bestimmten gastronomischen Franchise-System zu einem anderen ähnlichen System die Bewertungen und „Likes“, welche das Restaurant während der Zugehörigkeit zu dem ersten System auf der Plattform Facebook erhalten hat, unverändert weiterzuführen. Dies erwecke bei den angesprochenen Verkehrskreisen die Fehlvorstellung, dass die Bewertungen und Likes für das neue System abgegeben wurden, was tatsächlich nicht der Fall ist.¹⁸⁶

Das OLG Hamm untersagte es einem Unternehmen, mit Kundenempfehlungen zu werben, ohne auf deren Entgeltlichkeit hinzuweisen. Die Empfehlungen sind dadurch zustande gekommen, dass das Unternehmen seine Kunden aufforderte, gegen einen Rabatt von 10 % und unter besonderen Voraussetzungen sogar von 25 % Bewertungen über die erworbenen Produkte abzugeben und diese Bewertungen auf eine Plattform einzustellen. Die aufgeforderten Kunden seien bei der Abgabe ihres Urteils über die Qualität der zu bewertenden Produkte nicht frei und unbeeinflusst gewesen.¹⁸⁷

180 Über die Anwendbarkeit des § 5a Abs. 6 UWG im Verhältnis B2B besteht Uneinigkeit, vgl. dazu: *Specht*, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 88 Rn. 17; Götting/Nordemann-Hasselblatt, UWG, 3. Aufl. 2016, § 5a Rn. 213; ähnlich: *Alexander*, K&R 2016, 73, 76.

181 Vgl. OLG Nürnberg, Hinweisbeschl. v. 19.05.2009 – 3 U 525/09, BeckRS 2009, 25701.

182 LG Köln, Ur. v. 01.08.2017 – 33 O 159/16, BeckRS 2017, 121956 Tz. 18.

183 LG Stuttgart, Beschl. v. 06.08.2014 – 37 O 34/14 KfH, BeckRS 2015, 03267; *Specht*, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 88 Rn. 18.

184 OLG Hamburg, Ur. v. 10.01.2013 – 327 O 438/11, MMR 2013, 250, 251 – Facebook-Gewinnspiel; *Specht*, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 88 Rn. 18.

185 OLG Frankfurt a.M., Ur. v. 16.05.2019 – 6 U 14/19, BeckRS 2019, 11924 Tz. 22; *Specht*, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 88 f. Rn. 19.

186 OLG Frankfurt a.M., Ur. v. 14.06.2018 – 6 U 23/17, MMR 2018, 763, 764 Tz. 13.

187 OLG Hamm, Ur. v. 23.11.2010 – 4 U 126/10, GRUR-RR 2011, 473 – Erkauft Lob, *Specht*, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 88 f. Rn. 19; vgl. BGH, Beschl. v. 22.09.2011 – I ZR 4/11, BeckRS 2011, 26399.

dd) Haftung für eigenes unlauteres Handeln des Plattformbetreibers

(1) Erfundene oder manipulierte Äußerungen

Eine Haftung für eine eigene Rechtsverletzung des Plattformbetreibers ist insbesondere denkbar, wenn er Äußerungen gänzlich erfindet. Dieses Verhalten ist aufgrund seines irreführenden Charakters gemäß § 5 Abs. 1 UWG unzulässig. Dies gilt ebenso für die Manipulation tatsächlich abgegebener Nutzerbewertungen oder die Löschung unerwünschter Bewertungen. Nimmt der Plattformbetreiber eine redaktionelle Vorabkontrolle der Bewertungen vor, so kommt ein Zueigenmachen der Bewertung in Betracht, für deren Unlauterkeit er täterschaftlich haftet.¹⁸⁸ Ein Per-se-Verbot, das sich explizit gegen falsche Bewertungen richtet, enthält zukünftig Nr. 23c Annex I UGP-RL.¹⁸⁹ Ob die Plattform verpflichtet ist, Sicherungsmaßnahmen zur Vermeidung von Eigenbewertungen oder manipulierten Äußerungen vorzusehen, ist de lege lata streitig. Ein entsprechendes Gebot lässt sich aus Art. 7 Abs. 6 UGP-RL wohl aber nicht ableiten.¹⁹⁰

(2) Privilegierte Darstellung bestimmter Bewertungen

Stellt der Plattformbetreiber entgeltlich bereitgehaltene Bewertungen privilegiert dar, so ist dies ebenfalls lauterkeitsrechtlich relevant, zumindest dann, wenn

die Bewertungen in einer Ergebnisliste entsprechend dem Durchschnittswert ihrer Bewertungen, z.B. beginnend mit dem Bestwert, aufgeführt werden.¹⁹¹ Solche Ergebnislisten erwecken beim angesprochenen Verkehrskreis die Vorstellung, dass der jeweils an oberster Stelle aufgeführte Bewertete derjenige ist, der auch insgesamt am besten abgeschnitten hat.¹⁹²

Etwas anderes ergibt sich auch nicht dadurch, dass die entsprechenden Einträge farblich unterlegt sowie mit einem Sternchenhinweis versehen sind und der Nutzer über den Werbecharakter informiert wird, wenn er mit dem Cursor über einen kleinen, am Rand des Eintrags befindlichen Hinweis „Premium Partner“ fährt.¹⁹³ Entsprechend hat sich Booking.com verpflichtet, klarzustellen, wie Rankings zustande kommen und ob Zahlungen des Beherbergungsunternehmens an Booking.com die Rangfolge der Ergebnisliste beeinflussen.¹⁹⁴ Ob bei Rankings die Vorgaben des § 6 UWG zum Tragen kommen, wird letztlich der EuGH zu entscheiden haben.¹⁹⁵ Die Modernisierungsrichtlinie¹⁹⁶ sieht zukünftig Transparenzgebote für Rankings vor und definiert das Ranking dabei auch, allerdings bestehen erhebliche Unklarheiten bei der Reichweite der Transparenzvorgaben.¹⁹⁷ Gemäß Art. 7 Abs. 4a UGP-RL n.F. ist ebenfalls eine Auflistung über we-

188 BGH, Urt. v. 19.03.2015 – I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 Tz. 25 – Hotelbewertungsportal; siehe dazu bereits unter V. 2. b) aa).

189 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. EU 2019 v. 18.12.2019, Nr. L 328/7, S. 21.

190 Vgl. hierzu eingehend: Busch, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., 22.11.2019, S. 51, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

191 Dazu: Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 91 Rn. 25.

192 LG München I, Urt. v. 18.03.2015 – 37 O 19570/14, MMR 2016, 257, 259; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 91 Rn. 25.

193 LG München I, Urt. v. 18.03.2015 – 37 O 19570/14, MMR 2016, 257, 260; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 91 Rn. 25.

194 Europäische Kommission, Pressemitteilung v. 20.12.2019 – Nach Intervention der EU verpflichtet sich Booking.com, die Darstellung von Angeboten und Preisen mit dem EU-Recht in Einklang zu bringen, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_19_6812, zuletzt abgerufen am 16.03.2020.

195 Art. 6a Abs. 1 lit. a) VRRL n.F. Zu den Einzelheiten siehe Busch, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., 22.11.2019, S. 45, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

196 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. EU 2019 v. 18.12.2019, Nr. L 328/7.

197 Busch, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., 22.11.2019, S. 46, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

sentliche Rankingparameter verlangt, sofern ein Unternehmer einem Verbraucher eine Suchfunktion zur Verfügung stellt,¹⁹⁸ die Verpflichtung bezieht sich also auf informationsmittelnde Funktionen, die aber in der Praxis häufig von ein und derselben Plattform neben ihrer interaktionsmittelnden Funktion angeboten werden. Die Anzeige von Suchergebnissen nach einer Online-Suchanfrage des Verbrauchers, ohne eindeutig offenzulegen, inwieweit es sich dabei um bezahlte Werbung handelt oder ob eigens Zahlungen geleistet wurden, damit die jeweiligen Produkte im Rahmen der Suchergebnisse ein höheres Ranking erhalten haben, ist nach Nr. 11a Annex I UGP-RL n.F. zukünftig stets verboten.¹⁹⁹

(3) Nichterfüllung von Transparenzgeboten

Unlauter kann es ebenfalls sein, wenn eine Plattform gegenüber Verbrauchern nicht klarstellt, dass sich Aussagen wie „nur noch ein Zimmer verfügbar“²⁰⁰ nur auf das Angebot seiner Plattform beziehen oder Preisvergleiche, die als Preisnachlässe dargestellt werden, nicht zwingend echte Einsparungen darstellen. Auch dann, wenn Angebote als befristet präsentiert werden, obwohl derselbe Preis im Nachhinein weiterhin verfügbar ist, ist dies jedenfalls potentiell lauterkeitsrechtlich relevant. Booking.com hat daher gegenüber der EU-Kommission in Gesprächen zugesagt, derartige Praxen zukünftig zu unterlassen.²⁰¹ Dabei handelt es

sich allerdings um ein Problem von Transaktionsplattformen, das hier aufgrund des Untersuchungsgegenstands nicht weiter konkretisiert werden soll.

(4) Werbung mit „garantiert echten Meinungen“

Wirbt der Plattformbetreiber mit „garantiert echten Meinungen“ von Verbrauchern, so muss er deutlich darüber informieren, wenn er vor der Freischaltung neutraler und negativer Bewertungen regelmäßig ein Mediationsverfahren zwischen Unternehmen und Kunden durchführt, das die Anzahl negativer Bewertungen senken kann.²⁰² Unterbleibt der Hinweis, so stellt dies nach Auffassung des BGH einen Verstoß gegen § 5a Abs. 1 UWG dar, da die Anpreisung „garantiert echter Meinungen“ suggeriert, dass sämtliche Bewertungen, positive wie negative, grundsätzlich ungefiltert veröffentlicht werden und in die Ermittlung der durchschnittlichen Kundenbewertung eingehen.²⁰³ Diese Kundenerwartung ist unbegründet, wenn ein entsprechendes Schlichtungsverfahren vorab durchgeführt wird.²⁰⁴ Denn die Bewertungen können verzerrt werden, weil das Schlichtungsverfahren von Kunden als lästig empfunden werden kann, mit der Folge, dass die Nutzer sich nicht an ihm beteiligen und negative Bewertungen daraufhin gelöscht werden.²⁰⁵ Eine ähnliche Regelung sieht zukünftig Art. 7 Abs. 6 UGP-RL vor, der durch ein neues Per-se-Verbot in Nr. 23b Annex I UGP-RL ergänzt wird.²⁰⁶

198 Busch, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., 22.11.2019, S. 46, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

199 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABl. EU 2019 v. 18.12.2019, Nr. L 328/7, S. 21.

200 Die Aussage „Nur noch wenige Restplätze verfügbar“ wurde vom OLG Köln als irreführend gem. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 UWG qualifiziert, vgl. OLG Köln, Urt. v. 01.06.2011 – 6 U 193/10, BeckRS 2014, 17753 Tz. 16 ff.

201 Siehe dazu die Pressemitteilung der Europäischen Kommission v. 10.12.2019: Nach Intervention der EU verpflichtet sich Booking.com, die Darstellung von Angeboten und Preisen mit dem EU-Recht in Einklang zu bringen, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_19_6812, zuletzt abgerufen am 22.03.2020.

202 Dazu: Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 91 Rn. 26.

203 Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 91 Rn. 26.

204 Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 91 Rn. 26.

205 BGH, Urt. v. 21.01.2016 – I ZR 252/14, GRUR 2016, 828 Tz. 38 – Kundenbewertung im Internet; OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.10.2014 – I-20 U 123/13, GRUR-RS 2016, 10626 Tz. 13 – Werbung mit „garantiert echten (Kunden-)Meinungen“ im Internet; Specht, Manipulierte Kundenbewertungen auf Online-Vermittlungsportalen, in: Rott/Tonner, Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis, 2018, S. 81, 26.

206 Zu den Einzelheiten vgl. Busch, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., 22.11.2019, S. 50, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

(5) Bildung einer Gesamtnote

Die aus den Nutzerbewertungen gebildete Gesamtnote ist dem Plattformbetreiber als eigene Aussage zuzurechnen.²⁰⁷ Zum Teil wird befürwortet, Verpflichtungen für die Berechnungsgrundlage aufzustellen oder zumindest Transparenzpflichten hinsichtlich der Berechnungsfaktoren aufzustellen. Dies ist im Einzelnen aber hoch streitig.²⁰⁸

b) Plattformbetreiberhaftung de lege ferenda

Die lauterkeitsrechtliche Plattformbetreiberhaftung als Täterhaftung wegen Verkehrspflichtverletzung ist ein in sich schlüssiges Haftungskonzept, das die Interessen von Nutzern und Plattformen gleichermaßen berücksichtigt. Es verpflichtet nicht zu einer anlasslosen Prüfung von Inhalten und weitet die Haftung der Plattformbetreiber daher nicht über Gebühr aus, gleichzeitig ermöglicht es die Inanspruchnahme der Plattformen nicht nur auf Unterlassung, sondern auch auf Schadensersatz und effektiviert die Rechtsdurchsetzung insofern, dass der Anreiz zur Abstellung von Rechtsverletzungen regelmäßig größer ist, wenn nicht nur Unterlassungs-, sondern auch Schadensersatzansprüche im Raum stehen. Vorbildlich ist auch das Rechtsdurchsetzungsregime, das nicht nur die Individualklagebefugnis von Wettbewerbern kennt, sondern auch die Anspruchsberechtigung von Verbraucherverbänden zumindest für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, § 8 Abs. 3 Nr. 3 UWG i.V.m. § 4 UKlaG.

5. Medienprivatrecht

a) Äußerungsrecht

aa) Plattformbegriffsverständnis des Äußerungsrechts

Das Äußerungsrecht beruht wesentlich auf nationalem Deliktsrecht. § 1004 BGB und § 823 BGB kennen aber keinen expliziten Plattformbegriff. Unterschieden wird auch hier zwischen einer Haftung des Täters und einer Haftung von Mittelspersonen als Störer.

bb) Plattformbetreiberhaftung de lege lata

Der Plattformbetreiber haftet als Störer auf Unterlassen, wenn er, ohne Täter oder Teilnehmer zu sein, willentlich und adäquat-kausal zu einer Rechtsverletzung beiträgt und dabei zumutbare Prüfpflichten verletzt. Als willentlicher und adäquat-kausaler Beitrag zur Rechtsverletzung kann die Unterstützung oder Ausnutzung der Handlung eines eigenverantwortlich handelnden Dritten genügen, sofern der in Anspruch Genommene die rechtliche und tatsächliche Möglichkeit zur Verhinderung dieser Handlung hatte.²⁰⁹ Geben Plattformen also Nutzern die Möglichkeit zur Äußerung, haften sie als Störer im Falle einer durch die Nutzer getätigten rechtsverletzenden Äußerung. Es kann hier auf die bereits dargelegten Grundsätze der Störerhaftung verwiesen werden.²¹⁰ Insbesondere gilt auch hier, dass die Plattform sich Inhalte zu eigen machen kann, wenn sie den Eindruck erweckt, den Inhalt als eigenen gelten lassen zu wollen, oder wenn sie ihre neutrale Rolle auf andere Weise verlässt.²¹¹ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sie Bewertungen nach bestimmten Merkmalen (z.B. Qualität, Vertrauenswürdigkeit, bisherige Aktivität des Nutzers) als empfohlen und derzeit nicht empfohlen klassifiziert und die Gesamtbewertung allein anhand der derzeit empfohlenen

207 Engert, AcP 218 (2018) 304, 368 f.; vgl. auch BGH, Urt. v. 14.05.2013 – VI ZR 269/12, GRUR 2013, 751, 753 Tz. 17 – Autocomplete (zur Zurechenbarkeit des Ergebnisses eines Algorithmus auf Grundlage von Nutzerverhalten).

208 Zu den Einzelheiten vgl. Busch, Effektiver Verbraucherschutz im Online-Handel: Verantwortung und Haftung von Internetplattformen – Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., 22.11.2019, S. 53, abrufbar unter: https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf, zuletzt abgerufen am 18.02.2020.

209 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 857 Tz. 22 – www.jameda.de; BGH, Urt. v. 28.07.2015 – VI ZR 340/14, GRUR 2016, 104, 107 Tz. 34 – Artikel auf Internetplattform „recht\$billig“; BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311 Tz. 21 – Blog-Eintrag; LG Braunschweig, Urt. v. 28.11.2018 – 9 O 2616/17 (369), BeckRS 2018, 30873 Tz. 19.

210 Siehe dazu bereits unter V. 2. b) cc).

211 EuGH, Urt. v. 11.09.2014 – C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209 = MMR 2016, 63 – Papasavvas; ein Zueigenmachen wurde angenommen z.B. bei BGH, Urt. v. 04.04.2017 – VI ZR 123/16, GRUR 2017, 844 – klinikbewertungen.de; BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, GRUR 2010, 556 – Marions Kochbuch; OLG Düsseldorf, Urt. v. 18.12.2015 – I-16 U 2/15, ZD 2016, 304 – Ärztebewertungsportal.

Bewertungen ermittelt.²¹² Die Störerhaftung setzt indes die Verletzung zumutbarer Verhaltenspflichten, sogenannter Prüfungspflichten, voraus. Gemäß § 7 Abs. 2 TMG besteht keine generelle Pflicht eines Host-Providers, übermittelte oder gespeicherte Äußerungen zu überwachen oder nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen. Vielmehr existieren allein anlassbezogene spezifische Prüfungspflichten.

(1) Umfang der Prüfungspflichten

Der Umfang der Prüfungspflichten bestimmt sich danach, ob und inwieweit dem als Störer in Anspruch genommenen Plattformbetreiber eine Prüfung im Einzelfall zuzumuten ist.²¹³ Es bedarf einer umfassenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der betroffenen Grundrechte aller Beteiligten.²¹⁴ Zu berücksichtigen sind die Funktion und Aufgabenstellung der Plattform sowie die Eigenverantwortung desjenigen, der die rechtswidrige Beeinträchtigung selbst unmittelbar vorgenommen hat.²¹⁵

Die interaktionsmittelnde Funktion einer Plattform ist jedenfalls nach Auffassung des BGH von der Rechtsordnung gebilligt und gesellschaftlich erwünscht²¹⁶ und ihr Betrieb grundsätzlich vom Schutzbereich der Meinungs- (Art. 5 Abs. 1 GG) und Berufsfreiheit (Art. 12

Abs. 1 GG) erfasst.²¹⁷ Aus diesem Grund darf der vom Plattformbetreiber zu erbringende Prüfungsaufwand den Betrieb der Plattform weder wirtschaftlich gefährden noch unverhältnismäßig erschweren.²¹⁸ Insofern ist eine Plattform jedenfalls dann, wenn sie keine aktive Rolle einnimmt, grundsätzlich nicht verpflichtet, Beiträge ihrer Nutzer vor der Veröffentlichung *proaktiv* auf etwaige Rechtsverletzungen hin zu überprüfen.²¹⁹ Sie trifft aber eine *reaktive* Pflicht zum Handeln, sobald sie Kenntnis von der Rechtsverletzung erlangt, etwa durch einen Hinweis des Betroffenen.²²⁰

Im Hinblick auf persönlichkeitsverletzende Äußerungen hat der BGH²²¹ das sog. „Blog-Eintrag-Verfahren“ entwickelt. Dieses Verfahren gilt sowohl für unwahre Tatsachenbehauptungen als auch für Meinungsäußerungen, soweit der Betroffene beanstandet, dass der tatsächliche Bestandteil der Äußerung, auf dem die Wertung aufbaue, unrichtig sei und dem Werturteil damit jegliche Tatsachengrundlage fehle („Meinungsäußerungen mit Tatsachengrundlage“).²²² Dies gilt etwa für eine als Meinungsäußerung zu qualifizierende Bewertung einer ärztlichen Behandlung, die mit dem Argument angegriffen wird, es habe kein Behandlungskontakt stattgefunden.²²³

212 OLG München, Urt. v. 13.11.2018 – 18 U 1282/16 Pre, BeckRS 2018, 29212; solange die Äußerungen allerdings nicht rechtswidrig sind, ergibt sich keine äusserungsrechtliche Haftung, vgl. BGH, Urt. v. 14.02.2020 – VI ZR 496/18 – Yelp.

213 BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311 Tz. 22 – Blog-Eintrag; BGH, Urt. v. 17.08.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038 Tz. 20 – Stiftparfüm; BGH, Urt. v. 17.12.2010 – V ZR 44/10, GRUR 2011, 321, 322 Tz. 15 – Preußische Gärten und Parkanlagen auf Internetplattform; BGH, Urt. v. 30.06.2009 – VI ZR 210/08, GRUR 2009, 1093, 1094 Tz. 18 – Domainverpächter; BGH, Urt. v. 30.04.2008 – I ZR 73/05, GRUR 2008, 702 Tz. 50 – Internetversteigerung III; BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, GRUR 2004, 860, 864 – Internetversteigerung I.

214 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 859 Tz. 38 – www.jameda.de; BGH, Urt. v. 26.11.2015 – I ZR 174/14, GRUR 2016, 268 Tz. 32 – Störerhaftung des Access-Providers.

215 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 859 Tz. 38 – www.jameda.de; BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311, 313 Tz. 22 – Blog-Eintrag; BGH, Urt. v. 05.02.2015 – I ZR 240/12, GRUR 2015, 485, 490 Tz. 50 – Kinderhochstühle im Internet III; BGH, Urt. v. 17.08.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038, 1039 Tz. 20 – Stiftparfüm; BGH, Urt. v. 30.06.2009 – VI ZR 210/08, GRUR 2009, 1093, 1094 Tz. 18 – Focus-Online.

216 Vgl. BGH, Urt. v. 23.09.2014 – VI ZR 358/13, GRUR 2014, 1228 Tz. 39 f. – Ärztebewertung II.

217 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 859 Tz. 40 – www.jameda.de.

218 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 859 Tz. 40 – www.jameda.de; BGH, Urt. v. 26.11.2015 – I ZR 174/14, GRUR 2016, 268, 271 Tz. 27 – Störerhaftung des Accessproviders.

219 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 857 Tz. 23 – www.jameda.de; BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311, 313 Tz. 24 – Blog-Eintrag; BGH, Urt. v. 17.08.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038, 1040 Tz. 21 – Stiftparfüm; BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890, 894 Tz. 41 ff. – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

220 BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311, 313 Tz. 24 – Blog-Eintrag; BGH, Urt. v. 17.08.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038 Tz. 26 – Stiftparfüm; BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, GRUR 2004, 860, 861 – Internet-Versteigerung I; BGH, Urt. v. 12.07.2007 – I ZR 18/04, GRUR 2007, 890, 894 Tz. 42 – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

221 BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311 – Blog-Eintrag; siehe auch zum Blog-Eintrag-Verfahren: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, §§ 33 ff. KUG Rn. 5; BeckOGK BGB-Specht-Riemenschneider, Stand: 01.11.2019, § 823 Rn. 1447.

222 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 857 Tz. 24 – www.jameda.de.

223 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 857f. Tz. 26 – www.jameda.de.

Kann die vom Betroffenen behauptete Rechtsverletzung unschwer – d.h. ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung – festgestellt werden, so ist die entsprechende Bewertung zu löschen. Welcher Prüfungsaufwand hierbei erwartet werden kann, hängt im Einzelfall vom Gewicht der Rechtsverletzung sowie von den Erkenntnismöglichkeiten des Plattformbetreibers ab.²²⁴ Lässt sich eine Rechtsverletzung nicht ohne Weiteres feststellen, so hat der Plattformbetreiber den Sachverhalt zu ermitteln und zu bewerten. Hierbei sind Stellungnahmen beider Seiten einzuholen.²²⁵

Die Beanstandung des Betroffenen ist dem Bewertenden zur Stellungnahme weiterzuleiten. Der Betreiber einer Bewertungsplattform muss den Bewertenden dabei auffordern, ihm den angeblichen Behandlungskontakt möglichst genau zu beschreiben und ihm 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, ggf. teilweise geschwärzt – zu übermitteln.²²⁶ Unzureichend ist die bloße Bitte, den Behandlungsvorgang in mindestens zwei Sätzen zu umschreiben und den Behandlungszeitraum zu nennen.²²⁷ Für die Einleitung des Stellungnahmeverfahrens ist ihm ein zeitlicher Spielraum von in der Regel vier Tagen eingeräumt.²²⁸

Bleibt eine Stellungnahme aus oder ist die Stellungnahme unzureichend, so hat der Plattformbetreiber die beanstandete Bewertung zu löschen.²²⁹

Kann der Bewertende die Beanstandung des Betroffenen indes entkräften oder deren Berechtigung berechtigter-

weise in Zweifel stellen, so ist dem Betroffenen dies – ggf. verbunden mit einer Aufforderung, weitere Nachweise, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt, nachzureichen – mitzuteilen. Gelingt es dem Betroffenen, die Erwiderung des Bewertenden zu entkräften, so muss der Plattformbetreiber die Bewertung löschen. Anderenfalls ist eine weitere Prüfung des Plattformbetreibers nicht veranlasst, sodass die Bewertung auf der Plattform verbleibt.²³⁰

Dieses für den Fall einer angestrebten Löschung von Negativbewertungen entwickelte Verfahren ist nach Auffassung des LG München I auf das Begehren der Wiederveröffentlichung positiver Bewertungen entsprechend zu übertragen. Wendet sich der Bewertete also gegen die Löschung positiver Bewertungen durch den Plattformbetreiber, so muss er konkret, wenn auch ggf. anonymisiert, zur Authentizität und Validität der Bewertung ausführen. Der Plattformbetreiber hat sodann im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast darzulegen, dass er die Validität der streitgegenständlichen positiven Bewertung nicht gewährleisten kann, z.B. weil eine Verifikation durch den bewertenden Nutzer scheitert.²³¹

Die Prüfpflichten umfassen regelmäßig nicht nur die Verhinderung künftiger identischer, sondern auch kerngleicher Verletzungshandlungen.²³² Danach sind auch solche Verletzungshandlungen umfasst, in denen das Charakteristikum der Verletzungshandlung zum Ausdruck kommt, was seinen Grund darin hat, dass eine Verletzungshandlung die Vermutung der im deutschen Recht für einen Unterlassungsanspruch erforderlichen Wiederholungsgefahr nicht nur für die identische Verletzungsform, sondern für alle im Kern gleichartigen Verletzungshandlungen begründet.²³³ Unterschiede in der

224 BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311, 313 Tz. 26 – Blog-Eintrag.

225 BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311, 313 Tz. 25 – Blog-Eintrag.

226 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 859 Tz. 43 – www.jameda.de.

227 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 859 Tz. 43 – www.jameda.de.

228 LG Hamburg, Urt. v. 24.03.2017 – 324 O 148/16, NJW-RR 2017, 1323.

229 Siehe dazu: Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, §§ 33 ff. KUG Rn 5i; BeckOGK BGB-Specht-Riemenschneider, Stand: 01.11.2019, § 823 Rn.1447.

230 BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311, 313 Tz. 27 – Blog-Eintrag.

231 LG München I, Urt. v. 16.04.2019 – 33 O 6880/18, MMR 2019, 473, 475 Tz. 39 f.

232 Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Goldmann, UWG, 4. Aufl. 2016, § 8 Rn. 113, Ohly/Sosnitza-Ohly, UWG, 7. Aufl. 2016, § 8 Rn. 8; MüKo Lauterkeitsrecht-Fritzsche, 2. Aufl. 2014, § 8 UWG Rn. 103; BGH, Urt. v. 13.12.2012 – I ZR 161/11, GRUR 2013, 857, 858 Tz. 16 – Voltaren.

233 BGH, Urt. v. 04.12.2018 – VI ZR 128/18, NJW 2019, 1142 Tz. 18 ff.; BGH, Urt. v. 20.06.2013 – I ZR 55/12, NJW 2014, 775 Tz. 18 – Restwertbörse II; BGH, Urt. v. 10.02.2011 – I ZR 46/09, GRUR 2011, 433 Tz. 26 – Verbotsantrag bei Telefonwerbung; BGH, Urt. v. 23.02.2006 – I ZR 27/03, NJW-RR 2006, 1048 Tz. 36 – Parfümtestkäufe.

Formulierung eines kerngleichen (sinngleichen) Inhalts im Vergleich zum rechtswidrig erklärten Inhalt dürfen aber nicht so geartet sein, dass sie den Host-Provider zwingen, eine autonome Prüfung des Inhalts vorzunehmen.²³⁴ Rechtswidrige Inhalte im vorbenannten Sinne dürfen dabei nach jüngster Rechtsprechung des EuGH auch zur weltweiten Sperrung angeordnet werden.²³⁵

(2) Rechtliche Bewertung einer Äußerung

Anders als im Falle der Verletzung anderer absoluter Rechte i.S.d. § 823 BGB ist die Rechtswidrigkeit der Verletzungshandlung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und auch des Unternehmenspersönlichkeitsrechts positiv festzustellen. Dies ist dem Charakter des Persönlichkeitsrechts als Rahmenrecht und offener Tatbestand geschuldet. Bei der Bewertung einer Äußerung als rechtmäßig oder rechtswidrig differenziert die Rechtsprechung grundlegend zwischen Meinungsäußerungen und Tatsachenbehauptungen.

(a) Meinungsäußerungen

Meinungsäußerungen sind Werturteile, die durch Elemente der Stellungnahme, des Dafürhaltens und Meinens geprägt und deshalb dem Beweis nicht zugänglich sind.²³⁶ Hierunter fallen insbesondere die vom Bewertenden in Form von Schulnoten, Sternen oder Zufriedenheitskategorien vergebenen Gesamtnoten.²³⁷

Die Bewertung einer Meinungsäußerung als rechtmäßig oder rechtswidrig erfordert grds. eine umfassende Abwägung der Meinungsfreiheit mit dem Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, wobei alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind.²³⁸ Als maßgebliche Abwägungskriterien hat der EGMR für das Recht am Eigenbild, dessen Grundsätze auf das Allgemeine Persönlichkeitsrecht übertragbar sein dürften, festge-

legt: Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem Interesse, Bekanntheitsgrad der betroffenen Person und Gegenstand der Berichterstattung, vorheriges Verhalten der betroffenen Person, Inhalt, Form und Auswirkungen der Veröffentlichung, Umstände, unter denen die Aufnahmen getätigt wurden.²³⁹ Insgesamt wird mit diesen Kriterien v.a. bewertet, wie hoch das Informationsinteresse der Öffentlichkeit an der Äußerung ist. Entsprechend schwer oder weniger schwer wiegt die Meinungsfreiheit. Die Meinungsäußerung ist außerdem weniger schutzwürdig im Falle bewusst schädigenden Verhaltens des sich Äußernden²⁴⁰ sowie dann, wenn die ihr zugrundeliegenden Tatsachenbehauptungen unzutreffend sind, die Meinungsäußerung also nicht auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage beruht, die die jeweilige Eingriffsintensität rechtfertigt.²⁴¹

Vor allem kommt es aber darauf an, ob die Äußerung die Intimsphäre, die Privatsphäre oder die Sozialsphäre des von ihr Betroffenen berührt. Die Abwägung ist aufgrund einer Rechtsfolgenbetrachtung vorzunehmen: Was bedeutete es einerseits für die Meinungsfreiheit des sich äuernden Nutzers, wenn die Äußerung untersagt würde, und was bedeutete es andererseits für den Betroffenen, wenn die Äußerung nicht untersagt würde. Gerade bei Hassrede im Netz sollte dabei auch die Eigendynamik des Meinungsanschlusses bedacht werden (Stichwort „Shitstorm“) sowie die Tatsache, dass sich Äußerungen sehr viel schneller verbreiten als in der Offline-Welt. Die Wirkung einer persönlichkeitsrechtsberührenden Äußerung im Netz ist daher in aller Regel sehr viel intensiver als in der Offline-Welt. Die Rechtsfolgen einer Online-Äußerung müssen in der erforderlichen Abwägung aus Verbraucherperspektive sehr viel stärker berücksichtigt werden als im Offline-Bereich.

234 EuGH, Urt. v. 03.10.2019 – C-18/08, ECLI:EU:C:2019:821 = MMR 2019, 798 Tz. 45 m.Anm. Specht-Riemenschneider.

235 EuGH, Urt. v. 03.10.2019 – C-18/08, ECLI:EU:C:2019:821 = MMR 2019, 798 Tz. 48 ff. m.Anm. Specht-Riemenschneider.

236 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 210; BVerfG, Beschl. v. 14.03.1972 – 2 BvR 41/71, BVerfGE 33, 1, 14; BVerfG, Beschl. v. 22.06.1982 – 1 BvR 1376/79, BVerfGE 61, 1, 8; BVerfG, Beschl. v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247; BVerfG, Beschl. v. 04.11.2009 – 1 BvR 2150/08, BVerfGE 124, 300, 320.

237 BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855, 858 Tz. 34 – www.jameda.de; vgl. Janal, NJW 2006, 870, 871.

238 BVerfG, Urt. v. 15.01.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198, 212; BVerfG, Urt. v. 05.06.1973 – 1 BvR 536/72, BVerfGE 35, 202, 225 f.; BVerfG, Beschl. v. 09.10.1991 – 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85, 1, 16; BVerfG, Beschl. v. 25.03.1992 – 1 BvR 514/90, BVerfGE 86, 1, 10 f.; BVerfG, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 221/92, 1 BvR 102/92, 1 BvR 1980/91, BVerfGE 93, 266, 293; BGH, Urt. v. 30.01.1996 – VI ZR 386/94, NJW 1996, 1131, 1133; BGH, Urt. v. 12.10.1993 – VI ZR 23/93, NJW 1994, 124, 126; Grimm, NJW 1995, 1697, 1703.

239 EGMR, Urt. v. 19.09.2013 – 8772/10, ZUM 2014, 284 Tz. 46.

240 Bewusst schädigendes Verhalten begründet regelmäßig eine besonders schwere Rechtsverletzung, vgl. Dreier/Schulze-Specht, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, §§ 33 ff. KUG Rn. 23.

241 BVerfG, Beschl. v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, NJW 1994, 1779, 1780.

Eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit des sich Äußernden und Persönlichkeitsrecht des Betroffenen ist nur dann nicht erforderlich, wenn die Äußerung bereits nicht von der Meinungsfreiheit umfasst ist, was v.a. in den Fällen von Formalbeleidigungen und Schmähkritik der Fall ist.²⁴² Schmähkritik liegt vor, wenn nicht mehr die Auseinandersetzung in der Sache im Vordergrund steht, sondern allein die Diffamierung der Person intendiert ist.²⁴³ Aufgrund des absoluten Verbots von Schmähkritik sind an ihr Vorliegen hohe Anforderungen zu stellen.²⁴⁴ Die bloß subjektive Wahrnehmung des Bewerteten, einer ungerechten Äußerung ausgesetzt zu sein, erfüllt diese Anforderungen noch nicht.²⁴⁵ Fäkalbeleidigungen dürften die Grenze zu Schmähkritik und Formalbeleidigung dagegen in der Regel überschreiten.²⁴⁶

(b) Tatsachenbehauptungen

Eine Tatsachenbehauptung ist dagegen die Äußerung über Vorgänge der Vergangenheit oder Gegenwart, die – im Gegensatz zu Meinungsäußerungen – dem Beweis zugänglich sind.²⁴⁷ Ihre Rechtmäßigkeit hängt davon ab, ob sie wahr oder unwahr sind. Wahre Tatsachenbehauptungen sind grundsätzlich zulässig.²⁴⁸ Unwahre Tatsachenbehauptungen, die das Allgemeine Persönlichkeitsrecht eines Anderen verletzen, sind dagegen niemals gerechtfertigt, weil diese gar nicht erst dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit unterfallen.²⁴⁹ So bewertete das OLG Oldenburg eine Bewertung als rechtswidrig, in der das Käuferverhalten mit „Bietet, nimmt nicht ab“ kommentiert wurde, obwohl der Käufer die Kaufsache abgenommen und bezahlt, allerdings Mängel geltend gemacht hatte.²⁵⁰

Im Hinblick auf den Wahrheitsgehalt von Tatsachenbehauptungen wird die Beweislastregel des § 186 StGB auf die Ansprüche der §§ 823, 1004 BGB entsprechend angewendet. Danach muss derjenige, der eine ehrverletzende Behauptung aufstellt, ihren Wahrheitsgehalt nachweisen. So soll verhindert werden, dass der von einer Ehrverletzung Betroffene wegen der allgemeinen Beweislastverteilung das Risiko des „non liquet“ tragen muss. Der sich Äußernde trägt im Falle einer Tatsachenbehauptung daher die Darlegungs- und Beweislast für ihren Wahrheitsgehalt.

b) Netzwerkdurchsetzungsgesetz

Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz steht derzeit v.a. in Anbetracht seines Potentials zur Eindämmung sogenannter Hassrede im Netz in der Diskussion. Die lange Zeit schweigend zur Kenntnis genommenen massenhaften Verunglimpfungen von Privatpersonen und Aufrufen zu Gewalt im Netz hat die Kommunikationskultur im Netz auch gegenüber nicht in der Öffentlichkeit stehenden Privatpersonen weitreichend beschädigt. Dies zeigt eine bevölkerungsrepräsentative Online-Befragung von Bundesbürgern ab 14 Jahren der Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen aus dem Jahr 2016. Hier gaben rund zwei Drittel aller befragten Personen an, bereits mit Hassbotschaften in sozialen Netzwerken, Internetforen oder Blogs konfrontiert worden zu sein. Besonders hoch ist die Betroffenheit in der Gruppe der 14- bis 24-Jährigen, wo 91 % der Befragten entsprechende Erfahrungen gemacht haben. Insgesamt fühlt sich rund 1/3 der Befragten durch derartige Kommentare verängstigt.²⁵¹ Der Gesetzgeber

242 BVerfG, Beschl. v. 10.10.1995 – 1 BvR 1476/91, 1 BvR 221/92, 1 BvR 102/92, 1 BvR 1980/91, BVerfGE 93, 266, 293 f.; BVerfG, Beschl. v. 10.11.1998 – 1 BvR 1531/96, BVerfGE 99, 185, 196; Arzt, JuS 1982, 717, 722; Müller, VersR 2008, 1141; Wentzel/Burkhardt, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 6 Rn. 8.

243 BVerfG, Beschl. v. 26.6.1990 – 1 BvR 1165/89, BVerfGE 82, 272, 283 f.; BVerfG, Beschl. v. 09.10.1991 – 1 BvR 1555/88, BVerfGE 85, 1, 16; BVerfG, Beschl. v. 30.09.2003 – 1 BvR 865/00, NJW 2004, 590, 591; BGH, Urt. v. 12.10.1993 – VI ZR 23/93, NJW 1994, 124, 126 – „Alle reden vom Klima“.

244 BVerfG, Beschl. v. 26.06.1990 – 1 BvR 1165/89, BVerfGE 82, 272, 284; Staake/von Bressensdorf, JuS 2015, 683, 777 f.

245 BGH, Urt. v. 29.01.2002 – VI ZR 20/01, NJW 2002, 1192, 1193; Janal, NJW 2006, 870, 872.

246 BeckOGK BGB–Herrmann, Stand: 01.02.2020, § 823 Rn. 1696; fehlt daher das Urteil des LG Berlin v. 09.09.2019 – 27 AR 17/19, MMR 2019, 754; vgl. hierzu auch: Specht-Riemenschneider, Interview im Weser Kurier v. 24.11.2019, abrufbar unter: https://www.weser-kurier.de/bremen/bremen-stadt_artikel,-folgen-fuer-betroffene-staerker-beachten-_arid,1877949.html, zuletzt abgerufen am 16.03.2020.

247 BVerfG, Beschl. v. 13.04.1994 – 1 BvR 23/94, BVerfGE 90, 241, 247; BVerfG, Beschl. v. 13.02.1996 – 1 BvR 262/91, BVerfGE 94, 1, 8; Maunz/Dürig–Grabenwarter, GG, 86. EL Januar 2019, Art. 5 Abs. 1 Rn. 48 f.

248 BVerfG, Beschl. v. 24.03.1998 – 1 BvR 131/96, BVerfGE 97, 391, 403; Canaris, JuS 1989, 161, 170.

249 Damm/Rehbock, Widerruf, Unterlassung und Schadensersatz in den Medien, 3. Aufl. 2008, Rn. 650; Soehring, GRUR 1986, 518, 520; Tettinger, JZ 1983, 317, 321.

250 OLG Oldenburg, Urt. v. 03.04.2006 – 13 U 71/05, MMR 2006, 556.

251 Landesanstalt für Medien Nordrhein-Westfalen (LfM), Ethik im Netz, Hate Speech, 2016, abrufbar unter: https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfm-nrw/Service/Veranstaltungen_und_Preise/Medienversammlung/2016/EthikimNetz_Hate_Speech-PP.pdf, zuletzt abgerufen am 13.02.2020; siehe auch: Holznagel, ZUM 2017, 615, 616.

sieht „Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte, die nicht effektiv bekämpft und verfolgt werden können“, als „eine große Gefahr für das friedliche Zusammenleben einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft“.²⁵² Die Untersuchung der LfM legt außerdem dar, dass Hassrede im Internet zu einer faktischen Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit selbst führt, da sich auch nur potentiell Betroffene einer Selbstzensur unterwerfen, aus Angst, nach einer Äußerung Opfer von Hassrede zu werden.²⁵³ Auch die OSZE hat es sich zum Ziel gesetzt, obwohl sie Meinungs- und Kommunikationsfreiheit als zentralen Wert ansieht, sich gegen die Manifestation von Intoleranz und speziell gegen aggressiven Nationalismus, Rassismus, Chauvinismus, Antisemitismus und Fremdenfeindlichkeit zu wenden und effektive Gegenmaßnahmen zu entwickeln.²⁵⁴ Hierzu gehört auch der Kampf gegen die so bezeichnete Hassrede.²⁵⁵

aa) Plattformbegriffsverständnis des NetzDG

Das NetzDG verwendet den Plattformbegriff in seiner Adressatenbestimmung des § 1 S. 1 NetzDG. So richtet es sich an soziale Netzwerke, die definiert werden als „Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen.“ Der Plattformbegriff wird dabei synonym verwendet für einen (Telemedien-)Dienst, der dazu bestimmt ist, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen.²⁵⁶ Plattformen mit

journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke im Sinne des NetzDG. Das Gleiche gilt für Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind, § 1 S. 2 und 3 NetzDG. Zur Verbreitung spezifischer Inhalte dienen etwa berufliche Netzwerke,²⁵⁷ Fachportale, Online-Spiele und Verkaufsplattformen. Erfasst von den Ausnahmen sind allein Plattformen, nicht die Beiträge selbst. Werden diese auf anderen vom NetzDG erfassten Plattformen veröffentlicht, bleibt es bei der Anwendbarkeit des NetzDG.²⁵⁸ Erfasst werden nur soziale Netzwerke mit mehr als zwei Millionen im Inland registrierten Nutzern. Soziale Netzwerke, die ihre Nutzer nicht registrieren, dürften vom Anwendungsbezug des NetzDG nicht erfasst sein.

bb) Plattformhaftung de lege lata

Die EU-Kommission setzt nach wie vor auf Selbstregulierung, beispielsweise auf einen Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation im Internet („EU Code of Practice“),²⁵⁹ den auch Facebook, Google, Twitter und Mozilla unterschrieben haben,²⁶⁰ lotet aber jedenfalls im Rahmen einer Konsultation sowie Expertenkommission mögliche Regulierungsoptionen aus.²⁶¹ Im deutschen Recht haften soziale Netzwerke im o.g. Sinne auf Entfernung bestimmter rechtswidriger Inhalte, wobei das NetzDG lediglich die verfahrensrechtlichen Absicherungen, nicht aber den materiell-rechtlichen Anspruch normiert. Auch obliegt ihnen eine Berichtspflicht.²⁶²

252 BT-Drs. 18/12356, S. 11.

253 Holznapel, ZUM 2017, 615, 617; Drexler, ZUM 2017, 529, 540.

254 KSZE, Budapest Document 1994, Der Weg zu echter Partnerschaft in einem neuen Zeitalter, Dezember 1994, S. 2, abrufbar unter: <https://www.osce.org/de/mc/39556?download=true>, zuletzt abgerufen am 30.08.2019; vgl. auch: Holznapel, ZUM 2017, 615 ff.

255 Tenth Meeting of the Ministerial Council, 6 and 7 December 2002, Porto Ministerial Declaration, S. 46, abrufbar unter: <https://www.osce.org/mc/40521?download=true>, zuletzt abgerufen am 13.02.2020; vgl. auch: Holznapel, ZUM 2017, 615 ff.

256 BeckOK Informations- und Medienrecht-Hoven/Gersdorf, 26. Ed. 01.05.2019, § 1 NetzDG Rn. 12.

257 BT-Drs. 18/12356, S. 19; Spindler/Schmitz-Liesching, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 62.

258 So zutreffend: Spindler, GRUR 2018, 365, 368; zurückhaltender: Holznapel, ZUM 2017, 615, 618 ff., der dieses Problem als nicht geklärt erachtet.

259 Europäische Kommission, Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation im Internet, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/news/code-practice-fight-online-disinformation-2018-oct-16_de, zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

260 Mafi-Gudarzi, ZRP 2019, 65, 66.

261 Siehe dazu die Berichterstattung über die Erwägungen der EU-Kommission zu strengeren Gesetzen, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Hate-Speech-Co-EU-Kommission-erwaegt-stroengere-Gesetze-gegen-illegale-Online-Inhalte-3691292.html>, zuletzt abgerufen am 13.02.2020; jedoch auch den jüngsten Vorstoß zur Stärkung der Selbstregulierung durch EU-Justiz-Kommissarin Jurovová, abrufbar unter: <https://www.euractiv.com/section/freedom-of-thought/news/social-media-companies-accelerate-removals-of-online-hate-speech-eu-confirms/>, zuletzt abgerufen am 13.02.2020; zu den jüngsten Gesprächen zwischen Kommission und den sozialen Netzwerken: Europäische Kommission, Removing illegal content online: Commission calls for more efforts and faster progress from all sides, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-18-63_en.htm, zuletzt abgerufen am 13.02.2020; vgl. auch: Spindler, GRUR 2018, 365, 365.

262 Hierzu eingehend: Guggenberger, ZRP 2017, 98, 98; zur Erfüllung der Berichtspflicht im Jahr 2018 vgl. Löber/Roßnapel, MMR 2019, 71 ff.

Ebenfalls durch das NetzDG (Art. 2 NetzDG) geschaffen wurde ein Auskunftsgestaltungsanspruch gegen den Plattformbetreiber, der in § 14 TMG umgesetzt wurde.

Plattformbetreibern in diesem Sinne, die einen zu kommerziellen Zwecken erbrachten Dienst der Gruppenkommunikation („beliebige Inhalte mit anderen Nutzern“) oder der Massenkommunikation („der Öffentlichkeit zugänglich machen“) erbringen, werden bestimmte Berichtspflichten (§ 2) und Pflichten zur Etablierung von Löschpflichten (§ 3) auferlegt, die bußgeldbewehrt (§ 4) sind.²⁶³ Am 02.07.2019 hat das BfJ ein Bußgeld i.H.v. zwei Millionen Euro gegen das soziale Netzwerk Facebook verhängt,²⁶⁴ weil die im Transparenzbericht erforderlichen Angaben über eingegangene Beschwerden unvollständig seien und das Meldeformular nicht hinreichend einfach auffindbar sei.²⁶⁵ Im Übrigen wurde von der Möglichkeit einer Verhängung von Bußgeldern jedoch kein Gebrauch gemacht.²⁶⁶

Auch Messenger-Dienste, die zwar formal aus sozialen Netzwerken ausgegliedert wurden, funktional aber noch mit ihnen verbunden sind, z.B. durch die Möglichkeit, Inhalte aus dem Messenger unmittelbar in das soziale Netzwerk zu spielen, wie es beim Facebook-Messenger der Fall ist, sind vom Auskunftsanspruch des Art. 2 NetzDG, umgesetzt in § 14 Abs. 3 TMG, erfasst.²⁶⁷ E-Mail-Dienste und Messenger, denen es auch formal untersagt ist, Daten mit denen sozialer Netzwerke zusammenzuführen, wie WhatsApp, sind dagegen Dienste

der Individualkommunikation.²⁶⁸ Wie Hosting-Dienste mit Synchronisierungssoftware (Dropbox etc.) einzustufen sind, ist umstritten und höchstrichterlich noch nicht entschieden.²⁶⁹

(1) Entfernung rechtswidriger Inhalte

§ 3 NetzDG verpflichtet den Anbieter sozialer Netzwerke, ein wirksames und transparentes Verfahren für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte (der Gesetzestext spricht davon, ein „leicht erkennbares, unmittelbar erreichbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden über rechtswidrige Inhalte“) vorzuhalten.²⁷⁰ Rechtswidrige Inhalte i.S.d. § 3 Abs. 1 NetzDG sind Inhalte im Sinne des § 1 Abs. 1 NetzDG, die die Tatbestände der §§ 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 bis 129b, 130, 131, 140, 166, 184b in Verbindung mit 184d, 185 bis 187, 201a, 241 oder 269 des Strafgesetzbuchs erfüllen und nicht gerechtfertigt sind, vgl. § 1 Abs. 3 NetzDG. Auf die schuldhaftige Begehung der Delikte kommt es nicht an.²⁷¹ Die Straftatbestände der §§ 33 ff. KUG fehlen.

Zur Zurverfügungstellung eines Beschwerdemanagementverfahrens waren Betreiber sozialer Netzwerke bereits vor Inkrafttreten des NetzDG jedenfalls im Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch das vom BGH etablierte Blog-Eintrag-Verfahren²⁷² verpflichtet. Nicht jede Verwirklichung der o.g. Delikte bedeutet aber eine Persönlichkeitsrechtsverletzung und auch nicht jede Persönlichkeitsrechtsverletzung ist

263 Zur Bußgeldbewehrung vgl. eingehend: *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 99.

264 LTO-Nachricht v. 02.07.2019, Facebook soll wegen NetzDG-Verstoß Millionen zahlen, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/bfj-bussgeld-facebook-netzdg-hate-speech-meldesystem-bericht/>, zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

265 Bundesamt für Justiz, Pressemitteilung v. 03.07.2019 – Bundesamt für Justiz erlässt Bußgeldbescheid gegen Facebook, abrufbar unter: <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Presse/Archiv/2019/20190702.html>, zuletzt abgerufen am 28.02.2020; gegen diesen Bescheid legte Facebook am 19.07.2019 Widerspruch ein.

266 *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 71.

267 BGH, Beschl. v. 24.09.2019 – VI ZB 39/18.

268 BT Drs. 18/13013, S. 18; *Spindler/Schmitz-Liesching*, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 61.

269 Cloud- und Synchronisierungsdienste sowie Sharehosting-Dienste sollen nach *Spindler/Schmitz-Liesching*, Telemediengesetz, § 1 NetzDG Rn. 61 nicht als Individualkommunikation gelten; *Spindler*, K&R 2017, 533, 534; Individualkommunikation: BeckOK Informations- und Medienrecht-*Hoven/Gersdorf*, 26. Ed. 01.05.2019, § 1 NetzDG Rn. 27.

270 Hierzu eingehend: *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2578 ff.

271 BT-Drs. 18/12356, S. 20; krit. daher Stellungnahme eco Verband der Internetwirtschaft e. V., Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz), 30.03.2017, S. 4 f., abrufbar unter: https://www.bmji.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/03302017_Stellungnahme_eco_RefE_NetzDG.pdf?__blob=publicationFile&v=2, zuletzt abgerufen am 13.02.2020; *Spindler*, GRUR 2018, 365, 368; *Holznapel*, ZUM 2017, 615, 620.

272 BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311 – Blog-Eintrag; siehe zum Blog-Eintrag-Verfahren bereits unter V. 6. a) bb) (1).

strafrechtlich relevant. Neu ist selbst für den Bereich, in dem sich die vom NetzDG erfassten Delikte und der Bereich der Persönlichkeitsrechtsverletzungen decken, dass das Verfahren gewährleisten muss, dass der Anbieter des sozialen Netzwerks unverzüglich von der Beschwerde Kenntnis nimmt und prüft, ob der in der Beschwerde gemeldete Inhalt rechtswidrig und zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren ist.²⁷³ Für Persönlichkeitsrechtsverletzungen sind z.T. andere Fristen vorgesehen. Eine Handlungspflicht ergibt sich aber ganz grundsätzlich bereits aus § 10 TMG, der ein unverzügliches Tätigwerden nach Hinweis vorsieht, was begrifflich durch die Mitgliedstaaten nicht weiter präzisiert werden kann.²⁷⁴ Weiterhin muss der Anbieter eines sozialen Netzwerks einen offensichtlich rechtswidrigen Inhalt i.d.R. innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde entfernen oder den Zugang zu ihm sperren und jeden rechtswidrigen Inhalt unverzüglich, in der Regel innerhalb von sieben Tagen nach Eingang der Beschwerde entfernen oder den Zugang zu ihm sperren.²⁷⁵ Voraussetzung ist aber, dass die jeweilige Beschwerde einen ausreichend konkret gefassten Inhalt hat.²⁷⁶ Fristverlängernd wirkt es sich aus, wenn der Anbieter sozialer Netzwerke die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit einer anerkannten Einrichtung der Regulierten Selbstregulierung gem. § 3 Abs. 6–8 NetzDG überträgt²⁷⁷ und sich deren Entscheidung unterwirft. Rechtscharakter und Anforderungen der Einrichtung bleiben jedoch unklar.²⁷⁸ Das Beschwerdemanagementverfahren bei den Anbietern sozialer Netzwerke hat sich durch das NetzDG nicht wesentlich verändert. Noch immer prüfen die sozialen

Netzwerke die Inhalte primär anhand ihrer Community-Standards, die spezifische Prüfung anhand des NetzDG ist nachgelagert.²⁷⁹ Ob von den grundrechtlichen Vorgaben abweichende Community-Standards überhaupt zulässig sind, ist derzeit noch nicht abschließend entschieden.²⁸⁰

Verstöße gegen das NetzDG sind gem. § 4 Abs. 1 Nr. 2 bußgeldbewehrt. Will die Bußgeldbehörde ihre Entscheidung auf die Rechtswidrigkeit eines Inhaltes stützen, soll sie über die Rechtswidrigkeit vorab eine gerichtliche Entscheidung herbeiführen, § 4 Abs. 5 NetzDG. Zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk die Verwaltungsbehörde (das Bundesamt für Justiz) ihren Sitz hat, § 68 Abs. 1 OWiG, mithin das AG Bonn.²⁸¹ Die Entscheidung des Amtsgerichts ist bindend und nicht anfechtbar,²⁸² wohl aber mit dem Einspruch angreifbar ist die auf die Entscheidung des Amtsgerichts gestützte Entscheidung des Bundesamtes für Justiz als Bußgeldbehörde.²⁸³ Teilweise wird diese Verpflichtung, die Entscheidung über die Rechtswidrigkeit einer Äußerung vor Verhängung einer Geldbuße beim AG Bonn einzuholen, als systemfremd erachtet.²⁸⁴ Zutreffen dürfte jedenfalls, dass im Falle einer empirisch belegten Überlastung des AG Bonn erwogen werden sollte, ob nicht auch andere Gerichte mit der Sache befasst werden könnten.²⁸⁵

Über den Umgang mit Beschwerden muss gem. § 2 Abs. 1 NetzDG halbjährlich auf der eigenen Website sowie im Bundesanzeiger berichtet werden. Gem. § 5 NetzDG ist letztlich ein dauerhaft verantwortlicher,

273 Eingehend zum Prüfverfahren: *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 99.

274 So jedenfalls die wohl überwiegende Auffassung in der Literatur; im Ergebnis ebenso *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 95; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29; *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2579; *Spindler*, GRUR 2018, 365, 369; a.A. und starre Fristen nicht gänzlich ablehnend: *Höch*, K&R 2017, 289, 291.

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

276 BT-Drs. 18/13013, S. 20; wie hier auch: *Spindler/Schmitz-Liesching*, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, § 3 NetzDG Rn. 5.

277 Am 23.01.2020 wurde seitens des BfJ der Verein Freiwillige Selbstkontrolle Multimedia-Diensteanbieter e.V. (FSM) als eine solche Einrichtung anerkannt, siehe dazu: <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Presse/Archiv/2020/20200123.html>, zuletzt abgerufen am 22.03.2020.

278 Zur Kritik vgl. v.a. *Spindler*, GRUR 2018, 365, 370 f.

279 *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 71.

280 V. 1. d) bb) (2)

281 Vgl. hierzu auch: *Höld*, MMR 2017, 791, 792 ff.

282 Vgl. hierzu auch: *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 99.

283 *Höld*, MMR 2017, 791, 794.

284 *Holzner*, ZUM 2017, 615, 624.

285 So implizit wohl: *Holzner*, ZUM 2017, 615, 624.

leicht erkennbarer Ansprechpartner im Inland und ein Zustellungsbevollmächtigter zu benennen, um die Rechtsdurchsetzung zu erleichtern.

(2) Auskunftsanspruch

Darüber hinaus kann gegen den Anbieter sozialer Netzwerke und nach neuester BGH-Rechtsprechung auch gegen alle anderen Anbieter von Telemediendiensten nunmehr ein Anspruch auf Auskunft über die bei der Plattform hinterlegten Daten des Rechtsverletzers gem. § 242 BGB geltend gemacht werden:

„Zu Unrecht meint aber das Beschwerdegericht, dass § 14 Abs. 3 TMG nur solche Diensteanbieter erfasst, die soziale Netzwerke im Sinne von § 1 Abs. 1 NetzDG betreiben. Der Anwendungsbereich der Vorschrift beschränkt sich nicht auf soziale Netzwerke im Sinne des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, sondern gilt für alle Diensteanbieter im Sinne von § 2 Nr. 1 TMG. Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann der Antrag der Antragstellerin daher nicht zurückgewiesen werden.“²⁸⁶

Hiervon sollte auch die IP-Adresse zum Zeitpunkt des letzten Logins erfasst sein, um überhaupt die Möglichkeit zu haben, den Rechtsverletzer über einen weiteren Auskunftsanspruch gegen den Accessprovider (dem eine qualifizierte Rechtsgrundlage hierfür zur Verfügung zu stellen ist) zu identifizieren. Bei der IP-Adresse handelt es sich um Nutzungsdaten i.S.d. § 15 TMG, die Auskunft ist gem. § 15 Abs. 5 S. 4 i.V.m. § 14 Abs. 4 TMG gestattet. Die Vorschrift dürfte entgegen anders lautenden Meinungen in der Literatur²⁸⁷ nicht aufgrund eines Verstoßes gegen die ePrivacy-Richtlinie unionsrechtswidrig sein, weil die Vorgaben des TMG vorrangig am Maßstab der DSGVO zu messen sind²⁸⁸ und §§ 15 Abs. 5 S. 4 i.V.m. 14 Abs. 3 TMG Normen darstellen, zu deren Erlass der nationale Gesetzgeber gem. Art. 6 Abs. 4, 23 Abs. 1 lit. j) DSGVO befugt war.²⁸⁹ Eine Vorlage an den EuGH scheint dementsprechend nicht notwendig.

Der Auskunftsanspruch war zuvor insgesamt versagt worden, weil das TMG nicht die nach § 12 Abs. 2 TMG erforderliche Ermächtigungsgrundlage für eine Beauskunftung des Betroffenen über die personenbezogenen Daten des Verletzers bereithielt.²⁹⁰ § 14 Abs. 3 TMG i.V.m. Art. 2 NetzDG schaffen diesen Erlaubnistatbestand nun, soweit eine Beauskunftung zur Durchsetzung zivilrechtlicher Ansprüche wegen der Verletzung absolut geschützter Rechte aufgrund rechtswidriger Inhalte, die von § 1 Abs. 3 NetzDG erfasst werden, erforderlich ist. Die Auskunft bedarf aber der vorherigen richterlichen Anordnung nach § 14 Abs. 4 TMG. Für den Erlass dieser Anordnung ist das Landgericht ohne Rücksicht auf den Streitwert zuständig. Örtlich zuständig ist das Gericht, in dessen Bezirk der Verletzte seinen Wohnsitz, seinen Sitz oder eine Niederlassung hat. Die Entscheidung trifft die Zivilkammer. Es muss also zunächst die Anordnung der Zulässigkeit durch den Verletzten beantragt und in einem zweiten Schritt die Auskunft selbst gegen den Anbieter des sozialen Netzwerkes geltend gemacht werden. Dieses Verfahren, das im Urheberrecht (§ 101 Abs. 9 UrhG) gegen den Access-Provider entsprechend existiert und dort gut funktioniert, weil der Access-Provider regelmäßig auf Grundlage gerichtlicher Anordnung der Zulässigkeit der Beauskunftung auch Auskunft erteilt, funktioniert im Anwendungsbereich des NetzDG weniger gut. Auskünfte werden trotz gerichtlicher Anordnung der Zulässigkeit z.T. nicht erteilt und der Verletzte damit auf ein zweites gerichtliches Verfahren verwiesen. Zur Identitätsfeststellung ihrer Nutzer werden Anbieter sozialer Netzwerke ebenfalls nicht verpflichtet (eine solche Verpflichtung wäre sowohl rechtlich als auch tatsächlich mit großen Problemen behaftet), sodass es möglich bleibt, dass der Auskunftsanspruch gewissermaßen ins Leere läuft, weil lediglich ein Pseudonym sowie die IP-Adresse des letzten Logins beauskunftet werden kann, sofern die Beauskunftung der IP-Adresse überhaupt zulässig ist.²⁹¹ Nachgelagert ist dann ein Auskunftsverfahren gegen den Access-Provider er-

²⁸⁶ BGH, Beschl. v. 24.09.2019 – VI ZB 39/18 Tz. 46 ff.

²⁸⁷ Spindler/Schmitz-Schmitz, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, § 15 TMG Rn. 131.

²⁸⁸ Noch zum Anwendungsbereich der mittlerweile durch die DSGVO ersetzten DSRL: EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 ff. – Breyer/Deutschland m.Anm. Mantz/Spittka.

²⁸⁹ BGH, Beschl. v. 24.09.2019 – VI ZB 39/18 Tz. 35 ff. m.w.Nachw.

²⁹⁰ BGH, Beschl. v. 24.09.2019 – VI ZB 39/18 Tz. 51; BGH, Urt. v. 01.07.2014 – VI ZR 345/13, NJW 2014, 2651 Tz. 9 – Ärztebewertungsplattform; Guggenberger, ZRP 2017, 98, 100, hält den Auskunftsanspruch des NetzDG für nicht erforderlich.

²⁹¹ Siehe dazu auch: Feldmann, K&R 2017, 292, 293 f.

forderlich, bei dem die IP-Adresse mit den Klardaten des Betroffenen im Verletzungszeitpunkt zusammengeführt wird. Dieser Access-Provider speichert die Daten allerdings nur wenige Tage. Es fehlt außerdem die erforderliche qualifizierte Rechtsgrundlage zur Beauskunftung der Daten durch den Access-Provider,²⁹² ohne die die betroffenen Access-Provider befürchten müssen, gegen das Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG sowie gegen § 88 TKG zu verstoßen.

(3) Restore-Anspruch und Put-Back-Verfahren

Den oftmals beklagten Gefahren für die Informations- und Meinungsfreiheit durch ein potentielles Overblocking²⁹³ der Inhalte, die sich im Bereich des Äußerungsrechts bislang zwar nicht verwirklicht zu haben scheinen,²⁹⁴ die aber abstrakt weiterhin bestehen bleiben, könnte wohl nur durch einen Restore-Anspruch verbunden mit einem Put-Back-Verfahren begegnet werden, d.h. durch einen Anspruch des sich äuernden Nutzers auf Wiedereinstellung von Inhalten, die in Ausübung der Meinungsfreiheit getätigt werden, und eine prozedurale Begleitung dieses Anspruchs. Ein Restore-Anspruch besteht zwar bereits auf vertraglicher Grundlage in grundrechtskonformer Auslegung der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Die Reichweite ist allerdings streitig. Jedenfalls für die vom NetzDG erfassten Plattformen wäre daher eine explizite Nor-

mierung eines beschränkten Restore-Anspruchs, wie er auch in Umsetzung der DSM-RL erforderlich ist,²⁹⁵ wünschenswert.²⁹⁶

cc) Plattformhaftung de lege ferenda

Die zahlreichen gegen das NetzDG vorgebrachten grundrechtlichen (Kompetenz des Bundes,²⁹⁷ Bestimmtheit der Normen,²⁹⁸ unverhältnismäßige Eingriffe in Meinungs-, Informations- und Berufsfreiheit sowie Art. 3 GG,²⁹⁹ Verletzung des Grundsatzes der Mündlichkeit und der Öffentlichkeit³⁰⁰ usw.) und europarechtlichen Bedenken (Unvereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzip, Art. 3 ECRL bzw. § 3 TMG³⁰¹, sowie den Haftungsprivilegien der ECRL³⁰²) wird letztlich nur das Bundesverfassungsgericht bzw. der Europäische Gerichtshof ausräumen können. Eine Verfassungsbeschwerde gegen das NetzDG hat das Bundesverfassungsgericht derweil gem. § 93a Abs. 2 BVerfGG nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie mangels Rechtswegerschöpfung unzulässig war.³⁰³ Ebenso hat das VG Köln eine gegen das NetzDG gerichtete vorbeugende Feststellungsklage zweier Facebook-Nutzer mangels Bestehens eines hinreichend konkreten Rechtsverhältnisses gem. § 43 Abs. 1 VwGO als unzulässig abgewiesen.³⁰⁴

Alle vier bislang gestellten Anträge auf vollständige bzw. teilweise Aufhebung oder Nachbesserung des NetzDG

292 BVerfG v. 24.01.2012, 1 BvR 1299/05 – *Doppeltür*.

293 So z.B. *Holznapel*, ZUM 2017, 615, 622, der „unverhältnismäßige Einschränkungen der Meinungsfreiheit“ sieht, die „über das regulatorische Ziel hinausgehen“.

294 Vgl. die Auswertung der Transparenzberichte meldepflichtiger sozialer Netzwerke bei *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71 ff.

295 S.o. zum Urheberrecht

296 Der Bitkom e.V. unterstützt einen Restore-Anspruch nur insoweit, als dass dieser Anspruch nur für Inhalte bestehen kann, die mit den Gemeinschaftsstandards der Richtlinien der Unternehmen vereinbar sind.

297 *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 440 ff.; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1722; *Schiff*, MMR 2018, 366, 366; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433, 434 f.; *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390, 390 f.; *Nolte*, ZUM 2017, 552, 561; *Spindler/Schmitz-Liesching*, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 10 ff. m.w.Nachw.; *Feldmann*, K&R 2017, 292, 294 f.

298 *Liesching*, ZUM 2017, 809 ff.; *Liesching*, MMR 2018, 26, 27 f. m.w.Nachw.; keinen Verstoß gegen das Bestimmtheitsgebot sieht *Schiff*, MMR 2018, 366, 370.

299 *Nolte*, ZUM 2017, 552, 560; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1722.

300 *Nolte*, ZUM 2017, 552, 560.

301 *Spindler*, ZUM 2017, 473 ff.; zust. *Liesching*, MMR 2018, 26, 29; *Spindler/Schmitz-Liesching*, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, § 1 NetzDG Rn. 15 f.; zur Vereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzip: Unterabteilung Europa – Deutscher Bundestag, Ausarbeitung „Der Entwurf des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes: Vereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzip“ v. 29.05.2017, PE 6 – 3000 – 32/17.

302 *Nolte*, ZUM 2017, 552, 561; *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2581.

303 BVerfG, Beschl. v. 23.04.2019 – 1 BvR 2314/18, NVwZ 2019, 1125, 1126.

304 VG Köln, Ur. v. 14.02.2019 – 6 K 4318/18, MMR 2019, 342 ff.

im Bundestag³⁰⁵ wurden vom Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz in seiner Beschlussempfehlung vom 30.01.2020 abgelehnt.³⁰⁶ Im Koalitionsvertrag ist festgehalten, dass die am 01.07.2018 erstmals fälligen Berichte der Plattformbetreiber zum Anlass genommen werden sollen, „das Netzwerkdurchsetzungsgesetz insbesondere im Hinblick auf die freiwillige Selbstregulierung weiterzuentwickeln“.³⁰⁷ Die Europäische Kommission hat eine Konsultation zum Thema durchgeführt, deren Antworten insbesondere die Meinungsfreiheitsrelevanz der Plattformen („cornerstone of free speech“) betonen.³⁰⁸ Seit Januar 2020 liegt außerdem der Entwurf einer Überarbeitung des NetzDG vor, der im Wesentlichen folgende Änderungen des NetzDG bereithält:

- Die Berichtspflichten des § 2 Abs. 2 werden ergänzt
- Das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden nach § 3 NetzDG wird ergänzt um
 - die Pflicht zur unverzüglichen Benachrichtigung des Nutzers, für den der Inhalt gespeichert wurde, über den Eingang einer Beschwerde gegen diesen Inhalt
 - die Verpflichtung zur Speicherung entfernter Inhalte zu Beweis Zwecken für die Dauer von zehn Wochen
 - die Pflicht zur Information von Beschwerdeführer und Nutzer über getroffene Entscheidungen
 - eine Rechtsgrundlage zur Weitergabe von Daten an eine anerkannte Einrichtung der regulierten Selbstregulierung
 - Bestimmungen für die Einrichtung der regulierten Selbstregulierung
- Eingeführt werden Meldepflichten rechtswidriger Inhalte an das Bundeskriminalamt, § 3a NetzDG

- Es wird das Plattformdesign reguliert: Der Anbieter eines sozialen Netzwerkes muss bspw. gewährleisten, dass ein leicht erkennbares Verfahren zur Verfügung gestellt wird, das eine Kontaktaufnahme mit ihm ermöglicht, § 3b Abs. 1 S. 2 NetzDG
- Eingeführt wird ein „Gegenvorstellungsverfahren“, das es Nutzern, deren Inhalte gelöscht wurden, ermöglicht, gegen die Löschung der Inhalte vorzugehen, § 3b NetzDG
- Eingeführt wird ein Schlichtungsverfahren, § 3c NetzDG
- In Umsetzung insb. des § 28b AVMD-Richtlinie werden Videosharing-Plattformen reguliert, §§ 3d–3f NetzDG. Für sie gilt das NetzDG, sofern sich aus § 3e Abs. 2 und 3 nichts anderes ergibt
- Die Bußgeldvorschriften werden (rudimentär) ergänzt, § 4 NetzDG
- Es wird eine Aufsichtsbehörde etabliert, § 4a NetzDG
- Die Zuständigkeit des zu benennenden inländischen Zustellungsbevollmächtigten wird ergänzt, § 5 NetzDG
- Die Übergangsvorschrift des § 6 NetzDG wird ergänzt.

(1) Überarbeitung des Begriffsverständnisses „soziale Netzwerke“

Der Begriff des sozialen Netzwerkes in seiner Legaldefinition des § 1 Abs. 1 NetzDG ist überarbeitungsbedürftig. Kennzeichnend sind derzeit sechs Merkmale:

305 Entwurf eines Gesetzes zur Aufhebung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes v. 20.11.2017, BT-Drs. 19/81 (AfD); Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Bürgerrechte (Bürgerrechtstärkungs-Gesetz – BüStärG) v. 08.12.2017, BT-Drs. 19/204 (FDP); Entwurf eines Gesetzes zur Teilaufhebung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes v. 11.12.2017, BT-Drs. 19/218 (DIE LINKE) sowie ein Antrag der BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN: Netzwerkdurchsetzungsgesetz weiterentwickeln – Nutzerrechte stärken, Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken sicherstellen, BT-Drs. 19/5950.

306 Alle vier Anträge wurden zur federführenden Beratung an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz überwiesen und von diesem am 30.01.2020 allesamt abgelehnt, vgl. BT-Drs. 19/16919, abrufbar unter: <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/19/169/1916919.pdf>, zuletzt abgerufen am 02.03.2020.

307 Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, S. 131, abrufbar unter: https://www.cdu.de/system/tdf/media/dokumente/koalitionsvertrag_2018.pdf?file=1, zuletzt abgerufen am 13.02.2020; s. aber auch Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage „Drohung der Europäischen Kommission mit ‚gesetzgeberischen Maßnahmen‘ zur Entfernung von Internetinhalten“ v. 15.02.2018, BT-Drs. 19/765, S. 4; die Bundesregierung teile Befürchtungen, das NetzDG begünstige ein sog. Overblocking, nicht; vgl. auch: Peukert, MMR 2018, 572, 572.

308 Europäische Kommission, Synopsis Report on the Public Consultation on the Regulatory Environment for Platforms, Online Intermediaries and the Collaborative Econom, 2016, S. 20, abrufbar unter: [OnlinePlatformsPublicConsultationSynopsisReport.pdf](https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/synopsis-report-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-and-collaborative-econom), zuletzt abgerufen am 13.02.2020.

1. Der Plattformbetreiber muss mit Gewinnerzielungsabsicht arbeiten;
2. seine Tätigkeit muss dazu bestimmt sein, dass Inhalte mit anderen Nutzern geteilt oder der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden können – die reine Möglichkeit der Nutzung zu solchen Zwecken genügt damit nicht;³⁰⁹
3. journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, gelten nicht als soziale Netzwerke;
4. soziale Netzwerke mit weniger als zwei Millionen registrierten Nutzer sind von der Berichtspflicht gem. § 2 sowie von der Pflicht zur Einrichtung und Ausführung eines Beschwerdemanagementsystems gem. § 3 NetzDG befreit;
5. Dienste der Individualkommunikation sind nicht erfasst;
6. Dienste, die „spezifische Inhalte“ zugänglich machen, sind ebenfalls nicht erfasst.

Der Begriff der sozialen Netzwerke ist bislang dem deutschen Recht unbekannt und stellt einen Ausschnitt aus den vom TMG und RStV geregelten Telemedien dar.³¹⁰ Die Kennzeichnungsmerkmale sollten im Interesse der Rechtssicherheit weiter präzisiert werden. In der Reihenfolge der Kennzeichnungsmerkmale lässt sich der Reformbedarf wie folgt beschreiben:

1. Die Anzahl der registrierten Nutzer ist nicht zwingend ausschlaggebend für die tatsächliche Nutzung des sozialen Netzwerkes.³¹¹ Eine Möglichkeit wäre es daher, für eine aktive Tätigkeit auf einem sozialen Netzwerk eine Registrierung der Nutzer zu verlangen, wobei freilich § 13 Abs. 6 TMG (Grundsatz der Anonymität und Pseudonymität) jedenfalls im Außenverhältnis nicht angetastet werden sollte. Eine Klarnamenpflicht im Außenverhältnis geht

mit einer bloßen Registrierungsvorgabe gerade nicht einher. Die betroffenen sozialen Netzwerke scheinen aber ohnehin eine Registrierung zu verlangen, weshalb die beschriebene Problematik zu vernachlässigen zu sein scheint. Erforderlich ist dagegen dringend, dass der relevante Zeitraum, für den die Nutzerzahl festzustellen ist, festgelegt wird. Teilweise wird in Anlehnung an den halbjährlichen Berichtsturnus vorgeschlagen, auch diesen Nutzungszeitraum für die Feststellung der erforderlichen Nutzerzahl vorzusehen.³¹²

2. Es ist gerade das Charakteristikum vieler Telemedien, dass sie von Individual- in Massenkommunikation umschlagen können und umgekehrt. Der Facebook-Messenger beispielsweise erlaubt durch einen einfachen Mausklick die Individualkommunikation auch über die Plattformoberfläche des sozialen Netzwerkes. Er ist insofern eine bloße unselbständige Funktionseinheit des sozialen Netzwerkes Facebook. Allein durch den formalen Akt der Begründung einer zusätzlichen App, die nun für die Nutzung des Facebook-Messengers vom mobilen Endgerät aus erforderlich ist, kann eine hinreichende Ausgliederung des Messengers aus dem sozialen Netzwerk Facebook nicht erreicht werden, wenn nicht gleichzeitig auch die technische Funktionalität auf eine Unabhängigkeit des Messengers vom sozialen Netzwerk hindeutet. Technisch ist der Messenger aber noch immer mit dem sozialen Netzwerk eng verbunden, was sich insbesondere daran festmachen lässt, dass erstens die Verwendung des Messengers vom PC aus noch immer über das soziale Netzwerk möglich ist, ohne dass es einer eigenständigen Applikation bedarf, und zweitens selbst bei der Bedienung vom mobilen Endgerät aus eine Einklickintegration von Beiträgen aus dem sozialen Netzwerk in den Messenger möglich ist. Insofern erweist sich der Messenger auch weiterhin als unselbständige Funktionseinheit des sozialen Netzwerkes Facebook und muss daher vom Anwendungsbereich jedenfalls des durch Art. 2

309 Spindler, GRUR 2018, 365, 368.

310 Spindler, GRUR 2018, 365, 367.

311 Dass die tatsächliche Nutzung von der Anzahl der registrierten Nutzer abweichen kann, ist beispielsweise in den Fällen gekaufter Klicks und social bots nachweisbar, vgl. hierzu z.B. <https://www.nytimes.com/interactive/2018/01/27/technology/social-media-bots.html> sowie https://www.wuv.de/wuvplus/fakefluencer_die_ausmasse_des_betrugs_auf_instagram, jeweils zuletzt abgerufen am 03.04.2020.

312 Spindler, GRUR 2018, 365, 368.

NetzDG etablierten und in § 14 Abs. 3 TMG normierten Auskunftsanspruchs erfasst sein. Auch der BGH bezieht den Facebook-Messenger mittlerweile in den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 3 TMG ein.³¹³ Außerdem besteht die Möglichkeit zu Gruppennachrichten, was ebenfalls für eine Erfassung unter den Begriff des sozialen Netzwerkes spricht. Das NetzDG sollte sich insofern generell zu der Problematik unselbständiger Individualkommunikationsfunktionen sozialer Netzwerke verhalten.³¹⁴ Es ließe sich etwa im Rahmen eines nicht abschließenden Beispielskatalogs klarstellen, welche abstrakten Funktionalitäten vom Anwendungsbereich des NetzDG erfasst sind und welche nicht. Erfasst werden sollten jedenfalls funktional mit dem sozialen Netzwerk verbundene Messenger-Dienste, während E-Mail-Dienste nicht erfasst sein sollten.

3. Was unter „spezifischen Inhalten“ zu verstehen ist, begründet der Gesetzgeber nicht näher. Deutlich wird aus der Gesetzesbegründung aber, dass mit dieser Einschränkung berufliche Netzwerke wie XING oder LinkedIn nicht als soziale Netzwerke qualifiziert werden, ebenso wenig Online-Spiele, Fachplattformen oder Verkaufsplattformen wie z.B. eBay.³¹⁵ Auch hier würde ein nicht-abschließender abstrakter Beispielskatalog der nicht erfassten Dienste Abgrenzungsschwierigkeiten mindern. Mit Spindler wäre es vom Sinn und Zweck des Gesetzes zu begrüßen, wenn v.a. Plattformen adressiert würden, die überwiegend Inhalte mit meinungsbildendem Charakter aufweisen.³¹⁶

(2) Aufnahme weiterer Straftatbestände ins NetzDG?

Das NetzDG sollte sich dazu verhalten, ob für die Entstehung der aus ihm resultierenden Verpflichtungen

die Verwirklichung der erfassten objektiven Straftatbestände ausreichend sein sollte oder auch subjektiver Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld verwirklicht sein müssen, was den sozialen Netzwerken einen ganz erheblich gesteigerten Prüfungsaufwand abverlangen würde. In Betracht käme daher auch eine Verlagerung dieser Prüfungspunkte ins Strafverfahren. Die Verfahrensverpflichtungen aus dem NetzDG sollten sich auch auf die Straftatbestände der §§ 33 ff. KUG erstrecken. Es ist nicht ersichtlich, weshalb diese Straftatbestände nicht erfasst sind, sind sie doch durchaus geeignet, in der Intensität der von ihnen erfassten Rechtsverletzungen über einige der erfassten Tatbestände (z.B. § 185 BGB) hinauszugehen. Für die übrigen Verletzungen des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der besonderen Persönlichkeitsrechte greift das Blog-Eintrag-Verfahren. Auch hier wäre es aber positiv, wenn eine Schlichtungsstelle angerufen werden könnte und ein Restore-Anspruch bestünde.

Eine Verschärfung der Strafgesetze scheint demgegenüber derzeit nicht erforderlich, ebenso wenig ein neuer Straftatbestand für Fake-News, solange dieser Begriff derart unbestimmt gefasst ist, wie dies heute der Fall ist. Erforderlich scheint es vielmehr zunächst, dass die bestehenden Strafvorschriften effektiv angewandt werden, was auch bedeutet, dass die Strafverfolgungsbehörden personell besser ausgestattet werden. Bei Meldung von Verstößen gegen Straftatbestände an das Bundeskriminalamt, wie es im Entwurf der Änderungen des NetzDG vorgesehen ist,³¹⁷ sollten die datenschutzrechtlichen Vorgaben im Blick gehalten werden, um einer massenhaften Speicherung v.a. solcher Daten vorzubeugen, die sich auf einen Post beziehen, der sich ex post als rechtmäßiger Inhalt erweist.

313 BGH Beschl. v. 24.09.2019 – VI ZB 39/18; a.A. LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 30.04.2018 – 2-03/O 430/17, GRUR-Prax 2018, 338 m.Anm. Haisch/Engels.

314 Der Bitkom e.V. unterstützt die Einbeziehung von Messenger-Diensten in den Anwendungsbereich des NetzDGs nicht. Diese wäre problematisch, weil es hier sehr schwierig ist, die Grenze zu anderen Formen der Individualkommunikation zu ziehen, diese aber wohl kaum alle in den Anwendungsbereich des NetzDG einbezogen werden sollen.

315 Spindler, GRUR 2018, 365, 367.

316 Spindler, GRUR 2018, 365, 368.

317 Entwurf eines Gesetzes zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität, 10.03.2020, BT-Drs. 19/17741; heise online v. 06.12.2019, Verschärfung des NetzDG konkretisiert: Plattformen sollen bald ans BKA melden, abrufbar unter: <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Verschaeerung-des-NetzDG-konkretisiert-Plattformen-sollen-bald-ans-BKA-melden-4607794.html>, zuletzt abgerufen am 13.02.2020; Löber/Roßnagel, MMR 2019, 71, 75, die die Kooperation zwischen den Plattformen und Strafverfolgung als Änderungsvorschlag für das NetzDG anführen; in ähnlichem Sinne zu verstehen: Guggenberger, ZRP 2017, 98, 101, der die sozialen Netzwerke an den Strafverfolgungskosten beteiligen will.

(3) Auskunftsanspruch verbessern

Der gegen den Betreiber sozialer Netzwerke und e3 Telemedien gerichtete Anspruch auf Gestattung der Auskunftserteilung über die Daten des Rechtsverletzers ist derzeit als FamFG-Verfahren ausgestaltet und nicht darauf gerichtet, dass der Plattformbetreiber die Auskunft tatsächlich erteilen muss, sondern lediglich erteilen darf. Hintergrund ist das Verbot zur Beauskunftung von Verkehrsdaten gem. § 12 Abs. 2 TMG, sofern nicht eine entsprechende Rechtsgrundlage vorliegt.³¹⁸ Diese Rechtsgrundlage stellt § 14 Abs. 3 TMG dar. Der Anspruch auf Auskunft über die Klardaten des Rechtsverletzers folgt aber weiterhin aus § 242 BGB und ist in einem Folgeverfahren geltend zu machen. Konkret bedeutet dies, dass der von einer Persönlichkeitsrechtsverletzung Betroffene folgende Schritte gehen muss, um sich gegen eine Rechtsverletzung zur Wehr zu setzen:

1. Er muss zunächst einen Antrag gem. § 14 Abs. 3 TMG auf Gestattung der Auskunft über die Klardaten des Rechtsverletzers geltend machen.
2. Er muss anschließend einen Auskunftsanspruch gem. § 242 BGB geltend machen.
3. Er muss das in diesem Verfahren ergehende Urteil zustellen lassen, wobei fraglich ist, ob der durch das NetzDG vorgesehene inländische Zustellungsbevollmächtigte auch für diesen Antrag zuständig ist.
4. Für den Fall, dass die Klardaten des Rechtsverletzers nicht bei dem Betreiber des sozialen Netzwerkes gespeichert sind, sollten jedenfalls die IP-Adresse und der Zeitpunkt des letzten Zugriffs auf das Profil beauskunftet werden müssen (zur Zulässigkeit vgl. V. 5. b) bb) (2)), um überhaupt die Möglichkeit zu haben, den Rechtsverletzer über einen weiteren Auskunftsanspruch gegen den Ac-

cess-Provider (für den eine qualifizierte Rechtsgrundlage zu normieren ist) zu identifizieren.

5. Sofern er diese Daten erhält, muss er den Access-Provider auf Auskunft über die zu dem Verletzungszeitpunkt der IP-Adresse zugewiesenen Nutzerdaten in Anspruch nehmen. Hier fehlt aber eine Rechtsgrundlage, die diese Auskunft gestattet, weil § 14 Abs. 3 TMG lediglich für Telemediendiensteanbieter, nicht aber für Access-Provider gilt.
6. Selbst wenn der Betroffene an die Klardaten des Rechtsverletzers gelangt, muss er nun diesen zunächst außergerichtlich und sodann ggf. gerichtlich in Anspruch nehmen.

Der Auskunftsanspruch gegen die Betreiber sozialer Netzwerke ist insofern wie folgt zu verbessern:

Sofern der Gestattungsanspruch durchgreift, sollte der Betreiber des sozialen Netzwerkes auch verpflichtet sein, die Auskunft zu erteilen.³¹⁹ Es sollte keines zweiten Verfahrens zur Geltendmachung des Auskunftsanspruchs bedürfen. Dies sieht auch der Referentenentwurf des überarbeiteten NetzDG vor. Im Urheberrecht geht die wohl überwiegende Meinung ebenfalls davon aus, dass dies der Fall ist.³²⁰ Die Empfangszuständigkeit des Empfangsbevollmächtigten sollte sich auf dieses Gesamtverfahren erstrecken. Dies ist im Referentenentwurf noch nicht vorgesehen und sollte unbedingt angepasst werden. Es ist außerdem ein anschließendes Auskunftsverfahren gegen den Access-Provider auszugestalten, bzw. diesem ist die erforderliche qualifizierte Rechtsgrundlage zur Beauskunftung der Daten zur Verfügung zu stellen,³²¹ ohne die die betroffenen Access-Provider befürchten müssen, gegen das Fernmeldegeheimnis, Art. 10 GG, sowie gegen § 88 TKG zu verstoßen. Außerdem ist es erforderlich, dass er die Daten länger als nur wenige Tage speichert. Beide Auskunftsansprüche und Gestattungsverfahren sollten zum Schutz des Betrof-

318 BGH, Urt. v. 01.07.2014 – VI ZR 345/13, NJW 2014, 2651 – Ärztebewertungsplattform.

319 Der Bitkom e.V. unterstützt eine Auskunftsverpflichtung nur, sofern auf europäischer Ebene eine einheitliche Grundlage für die Auskunft von Nutzerdaten geschaffen wird, damit die (zum großen Teil internationalen) Unternehmen nicht bei jeder national gebotenen Datenausleitung Gefahr laufen, gleichzeitig rechtliche Verpflichtungen aus ihrem Herkunftsland zu verletzen. i). Zudem sind wichtige prozessuale Sicherungen klar in den Prozess der Datenbeauskunftung zu integrieren, wie z.B. der Richtervorbehalt und die Möglichkeit für den Plattformbetreiber, die Anfrage zu überprüfen und ggf. abzuweisen bei Bedenken bezüglich Legitimität und Verhältnismäßigkeit der Anfrage.

320 Fromm/Nordemann-Czychowski, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 101 Rn. 104.

321 BVerfG, Beschl. v. 24.01.2012 – 1 BvR 1299/05 – Doppeltür.

fenen als Eilverfahren ausgestaltet werden, auch wenn dies bedeutet, dass die Hauptsache ausnahmsweise vorweggenommen wird. Es ist anerkannt, dass die Hauptsache ausnahmsweise dann vorweggenommen werden darf, wenn dem Antragsteller andernfalls unzumutbare Nachteile drohen, was aufgrund der erheblichen Reichweite von Äußerungen im Netz (s.o.) und der hierdurch herbeigeführten erheblichen Beeinträchtigung des Betroffenen (s.o.) der Fall wäre. Äußerungsrechtliche Ansprüche im Netz werden aufgrund dieser erheblichen Beeinträchtigungswirkung in aller Regel im Eilverfahren verfolgt, weshalb die vorgelagerte Ermittlung des Anspruchsgegners durch entsprechende Auskunftsverfahren ebenfalls eilbedürftig ist.

Das Verfahren über die Inanspruchnahme des Rechtsverletzers sowie die Auskunftsansprüche sind den Landgerichten und hier den Pressekammern als Spezialkammern zuzuordnen, um die rechtliche Expertise in diesem sensiblen Rechtsgebiet zu gewährleisten und damit der besonderen Bedeutung von Rechtsverletzungen für den Betroffenen und der Nachhaltigkeit ihrer Auswirkungen auf den seelischen Zustand des Betroffenen gerecht zu werden.

(4) Restore-Anspruch und Put-Back-Verfahren:

Normierung im NetzDG

Regulierungsbedürftig erscheint im NetzDG neben weiteren Detailfragen wie der Streichung des bindenden Vorabentscheidungsverfahrens des § 4 Abs. 5 NetzDG³²² v.a. die prekäre Anreizstruktur des NetzDG, die jedenfalls dann zu einem Overblocking animiert,³²³ wenn man einen Restore-Anspruch nicht bereits aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB herleitet. *Schiff* schlägt hier vor, systematische Löschungen klarstellend von dem Bußgeldtatbestand des § 4 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 NetzDG zu erfassen.³²⁴ Dies scheint durchaus erwägenswert, wobei zur effektiven Gewährleistung der gerade auf wirkmächtigen Plattformen so wichtigen Meinungsfreiheit ein Restore-Anspruch ergänzt werden sollte. Selbst dann, wenn man einen Restore-Anspruch bereits aus §§ 280 Abs. 1, 241

Abs. 2 BGB herleitet, ist die Normierung eines solchen Restore-Anspruchs wichtig, um die Ausgestaltung des Wiederherstellungsverfahrens detailliert zu regeln.³²⁵ Die Begriffe „Restore-Anspruch“ und „Put-Back-Verfahren“ sind daher nicht synonym zu verwenden, sondern sind einander ergänzende Institute.

(a) Restore-Anspruch

Den umfassendsten Vorschlag für einen solchen Restore-Anspruch und ein Put-Back-Verfahren legt *Peukert* vor. Ihm ist in allen wesentlichen Punkten zuzustimmen. *Peukert* stützt das Put-Back-Verfahren im Wesentlichen auf die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts im Stadionverbots-Beschluss und orientiert es am US-amerikanischen Restore-Verfahren im Urheberrecht. Zutreffend legt er dar, dass große Plattformen, wie sie vom NetzDG erfasst sind, bereits heute eine erhebliche, aber auch stetig weiter zunehmende Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung haben. Ihnen kommt daher nicht nur erhebliche Verantwortung für die Sperrung rechtswidriger Inhalte zu, sondern auch für die Gewährleistung der Kommunikationsfreiheiten.³²⁶ *Peukert* schlägt daher vor, ein Wiederherstellungsverfahren für Inhalte zu etablieren, die auf den vom NetzDG erfassten Plattformen (Plattformen mit mehr als zwei Millionen registrierten Nutzern) gelöscht werden, ohne dass es sich um einen rechtswidrigen Inhalt i.S.d. NetzDG handelt.³²⁷ Die Pflicht zur Implementierung derartiger Wiederherstellungsverfahren will *Peukert* bußgeldbewehrt ausgestalten, die Berichtspflichten für soziale Netzwerke mit mehr als 100 Beschwerden über ungerechtfertigte Löschungen oder Sperrungen im Kalenderjahr auf das Wiederherstellungsverfahren ausweiten.³²⁸

(b) Put-Back-Verfahren

Antragsberechtigt soll derjenige sein, der für die Äußerung im Falle ihrer Rechtswidrigkeit täterschaftlich hafte würde. Wichtig ist außerdem, dass der Nutzer im Falle einer nicht ausreichend substantiierten Beschwerde hierüber informiert und ihm Gelegenheit zur Nachbesse-

322 *Peukert*, MMR 2018, 572, 578.

323 So zutreffend: *Schiff*, MMR 2018, 366, 371.

324 *Schiff*, MMR 2018, 366, 369.

325 Der Bitkom e.V. unterstützt einen Restore-Anspruch nur für Inhalte, die mit den Gemeinschaftsstandards der Richtlinien der Unternehmen vereinbar sind.

326 *Peukert*, MMR 2018, 572, 575.

327 *Peukert*, MMR 2018, 572, 576.

328 *Peukert*, MMR 2018, 572, 576.

rung gegeben wird.³²⁹ Der Antrag auf Wiederherstellung sollte darüber hinaus fristgebunden sein, um Rechtssicherheit für den Plattformbetreiber zu gewährleisten. Ob hier tatsächlich eine Frist von zehn Wochen seit der Löschung oder Sperrung beim sozialen Netzwerk³³⁰ angemessen ist, ist sicherlich eine Wertungsfrage. Um die sozialen Netzwerke nicht über Gebühr mit teils schwierigen Rechtsfragen hinsichtlich der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit von Äußerungen zu belasten, differenziert *Peukert* zwei Entscheidungssituationen: War die Entscheidung über die Löschung oder Sperrung einer Einrichtung der regulierten Selbstregulierung (ERS) übertragen worden, wie es nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 Hs. 2 lit. b) NetzDG möglich ist, kann sich der Plattformbetreiber darauf beschränken, den beschwerdeführenden Nutzer auf die Entscheidung der ERS hinzuweisen. Der Nutzer ist dann auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Hat der Anbieter des sozialen Netzwerkes hingegen die Entscheidung über die Löschung oder Sperrung selbst getroffen, muss er den Inhalt erneut prüfen. Ist der Inhalt offensichtlich rechtmäßig, ist dieser wiederherzustellen. Anderenfalls ist die Entscheidung der ERS vorzulegen, die sodann eine den Anbieter des sozialen Netzwerkes bindende Entscheidung trifft. Der Anbieter des sozialen Netzwerkes kann insofern die Löschung nicht schlicht aufrechterhalten.³³¹ Ob dieser Zwischenschritt der nochmaligen Prüfung durch den Anbieter des sozialen Netzwerkes tatsächlich erforderlich und hilfreich ist, ist jedenfalls für solche Inhalte, die im Rahmen der Erstprüfung als offensichtlich rechtswidrig eingestuft wurden, fraglich. Allerdings scheint diese Möglichkeit auch nicht schadhaft, weshalb durchaus im Rahmen des vorgeschlagenen einheitlichen Verfahrens für sämtliche Inhalte an ihr festgehalten werden kann. Letztlich müssen an den inländischen Zustellungsbevollmächtigten auch Zustellungen in Verfahren wegen der Löschung

oder Sperrung rechtmäßiger Inhalte bewirkt werden können.³³² Klagen, Abmahnungen, Urteile, Beschlüsse sowie auch jedes andere Schriftstück sollten entsprechend der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf³³³ in deutscher Sprache zugestellt werden können, wenn die Plattform einen Dienst in deutscher Sprache betreibt, der sich auch an deutsche Verbraucher richtet. Wer im deutschen Rechtsraum in deutscher Sprache tätig wird, sollte Prozesshandlungen in deutscher Sprache gegen sich gelten lassen müssen.

Im Rahmen dieser prozeduralen Lösung ist es wichtig, Anforderungen und Rechtsnatur, Struktur und Besetzung der ERS präziser festzulegen, als dies im jetzigen NetzDG der Fall ist.³³⁴ Außerdem sollte zur Erleichterung der Rechtsverfolgung die Meldung sowohl rechtmäßiger als auch rechtswidriger Inhalte über einen direkt neben dem Posting aufrufbaren Meldebutton ermöglicht werden.³³⁵ Die Berichtspflicht sollte sich auch auf die Umsetzung der Put-Back-Regelung beziehen.³³⁶

Der Referentenentwurf des NetzDG enthält ein von ihm so bezeichnetes „Gegenvorstellungsverfahren“, was zu begrüßen ist. Es ist in die Berichtspflichten aufgenommen. Geregelt werden allerdings nur die Verfahrensvorgaben, es fehlt ein materiell-rechtlicher Anspruch des Nutzers, der aus der Formulierung des Referentenentwurfs gerade nicht herausgelesen werden kann.³³⁷ Weiterhin fehlt die Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung durch den Nutzer, die an den materiell-rechtlichen Anspruch anknüpft. Vorgesehen ist einzig die Möglichkeit der Anrufung einer Schlichtungsstelle nach § 3c NetzDG. Dies ist dringend zu ergänzen. Ausreichende Nutzerrechte sind ein wesentlicher Eckpfeiler, um Sperrverpflichtungen sozialer Netzwerke grundrechtskonform auszugestalten.³³⁸ Äußerst positiv

329 *Holznagel* verweist in ZUM 2017, 615, 620 darauf, dass gerade die Frage, ob Gelegenheit zur Nachbesserung gegeben werden muss, offenbleibt.

330 *Peukert*, MMR 2018, 572, 576.

331 *Peukert*, MMR 2018, 572, 577.

332 *Peukert*, MMR 2018, 572, 578.

333 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 18.12.2019 – I-7 W 66/19.

334 *Spindler*, GRUR 2018, 365, 370 f.

335 *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 75.

336 *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 75.

337 Der Bitkom e. V. unterstützt einen Restore-Anspruch nur für Inhalte, die mit den Gemeinschaftsstandards der Richtlinien der Unternehmen vereinbar sind.

338 Auf Unionsgrundrechtsebene ergibt sich dies aus den Urteilen *Sabam/Netlog*, *Scarlet Extended* und *UPC Telekabel*, vgl. Fu. 117–119. Das NetzDG erhält zumindest in seiner Umsetzung der AVMD-RL eine unionsrechtliche Prägung, auch im Übrigen dürften sich die aus den Unionsgrundrechten folgenden Wertungen im Wesentlichen mit den Wertungen des Grundgesetzes decken.

sind dagegen die Regelungen des Plattformdesigns (leicht erkennbares Verfahren, einfache elektronische Kontaktaufnahme, unmittelbare Kommunikationsmöglichkeit) sowie die Ausweitung der Empfangszuständigkeit des Zustellungsbevollmächtigten im Hinblick auf das Gegenvorstellungsverfahren.

(5) Schlichtungsverfahren vorsehen

Ein schneller und effektiver Weg, Rechtsstreitigkeiten über die Zulässigkeit von Äußerungen auf Plattformen zu entscheiden, stellt außerdem die Einführung von Schlichtungsstellen dar, die in § 3c NetzDG explizit vorgesehen sind. Unklar ist jedoch, weshalb die Einrichtung der regulierten Selbstregulierung, deren Entscheidung sich das soziale Netzwerk bei der Beurteilung einer Äußerung nach § 3 Abs. 2 Nr. 3b) i.V.m. Abs. 6–8 NetzDG unterwerfen kann, und die Schlichtungsstelle, die gem. § 3c NetzDG über nach § 3 Abs. 2 Nr. 1–3 getroffene Entscheidungen entscheidet, zwei verschiedene Einrichtungen sein sollen. Es wäre begrüßenswert, wenn für beide Verfahren § 3c NetzDG mit den hier formulierten Anforderungen an die Schlichtungsstelle gelten würde.

Der erforderliche Verfahrensgang bis zur Schlichtung ist derzeit wie folgt vorgesehen:

1. Es wird ein Inhalt beanstandet.
2. Es erfolgt eine Entscheidung über einen beanstandeten Inhalt gem. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1–3, für die sich das soziale Netzwerk bereits der Entscheidung einer Einrichtung der regulierten Selbstregulierung unterwerfen kann.
3. Wird der Inhalt entfernt, kann auf Veranlassung des Nutzers ein Gegenvorstellungsverfahren durchgeführt werden, § 3b NetzDG. Ist der Beitrag nicht entfernt worden, kann die Entscheidung zur Überprüfung bei der Stelle der regulierten Selbstregulierung veranlasst werden, § 3 Abs. 6 Nr. 3 NetzDG.
4. Anschließend kann die Schlichtungsstelle gem. § 3c NetzDG angerufen werden.

Im Rahmen dieses Verfahrens ist der Anspruch des Nutzers auf Überprüfung der Entscheidung in den Fällen der Entfernung des Inhalts bei der Stelle der regulierten Selbstregulierung bzw. bei einer Schlichtungsstelle nicht explizit normiert, sondern ergibt sich nur mittelbar aus § 3 Abs. 6 Nr. 3 NetzDG. Die Durchführung dieses Verfahrens ist aber gem. § 3c Abs. 3 S. 1 NetzDG explizit als Voraussetzung für das Verfahren nach § 3c NetzDG vorgesehen. Sowohl die Normierung dieser Überprüfungsmöglichkeit als auch die Normierung einer Hinweispflicht des sozialen Netzwerkes scheint daher erforderlich. Alternativ und vorzugswürdig scheint aber der Verzicht eines Verfahrens nach § 3 Abs. 6 Nr. 3 NetzDG für die Schlichtung nach § 3c NetzDG.

Sofern eine Schlichtung erfolgt, ist es weiterhin erforderlich, dass das soziale Netzwerk die nach § 3c Abs. 3 NetzDG erforderlichen Daten nicht nur an die Schlichtungsstelle herausgeben darf, sondern herausgeben muss. Denn anderenfalls ist der Schlichtungsstelle eine Entscheidung nicht möglich. Die Befugnis zur Datenverarbeitung in § 3c Abs. 3 S. 3 NetzDG ist sehr weit formuliert. Die Weitergabe der Daten sollte explizit nicht gestattet sein.

(6) Videosharing-Plattformen entsprechend der AVMD-RL regulieren

Im Rahmen der Überarbeitung des NetzDG bietet es sich an, auch die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste (AVMD-Richtlinie) teilweise umzusetzen. Die vom Referentenentwurf vorgesehene Regulierung der Videosharing-Plattformen tut dies. Die AVMD-Richtlinie gibt den verbindlichen Rahmen für die Medienregulierung in den EU-Mitgliedstaaten vor. Sie wurde am 06.11.2018 vom Rat erlassen und tritt gemäß Art. 35 AVMD-RL am zwanzigsten Tag nach Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft. Sie muss bis zum 19. September 2020 von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden. Die Änderungen der Richtlinie sehen u.a. vor, dass Betreiber von Videoplattformen stärker in eine medienrechtliche Mitverantwortung gezogen werden.³³⁹

Der Anwendungsbereich der AVMD-Richtlinie wird, neben den Regelungen zur Rechtshoheit der Mitgliedstaaten in Art. 2, maßgeblich von den Begriffsbestim-

mungen des Art. 1 vorgegeben.³⁴⁰ Zentral ist dabei der Begriff des audiovisuellen Mediendienstes, dessen Verständnis durch die novellierte Fassung der AVMD-RL (RL (EU) 2018/1808) erneuert wurde. Als audiovisuellen Mediendienst bezeichnet Art. 1 lit. a) i) der Richtlinie eine Dienstleistung im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder ein trennbarer Teil der Dienstleistung darin besteht, unter der redaktionellen Verantwortung eines Medienanbieters der Allgemeinheit Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen. Außerdem wurde der Anwendungsbereich auf Video-Sharing-Plattformen erweitert. Damit sind Dienste gemeint, deren Hauptzweck oder wesentliche Funktion darin besteht, dass Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Anbieter einer Video-Sharing-Plattform keine redaktionelle Verantwortung trägt, auf elektronischem Wege für die Allgemeinheit bereitgestellt werden. Anbieter einer Video-Sharing-Plattform bestimmen nur ihre Organisation, nicht hingegen die Inhalte, vgl. Art. 1 aa) AVMD-RL.³⁴¹ Ihre Verpflichtungen sind in Kapitel IX a der Richtlinie mit den Art. 28a und b aufgegriffen. Die Bestimmungen normieren die Verantwortung der Plattformbetreiber für den Schutz vor jugendgefährdenden oder zu Hass oder Gewalt aufstachelnden oder bestimmten rechtswidrigen Inhalten (Art. 28b Abs. 1 AVMD-Richtlinie). Der Schutz vor jugendgefährdenden Inhalten wird im Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes aufgegriffen, der nicht Gegenstand dieser Stellungnahme ist. Die Maßnahmen gegen Hass, Gewalt und rechtswidrige Inhalte aber werden im NetzDG vorgenommen. Positiv hervorzuheben sind die Anforderungen an das Plattformdesign, die Art. 28 AVMD-RL vorsieht (transparente und nutzerfreundliche Inhalte zur Meldung von Inhalten, Art. 28b Abs. 3 lit. d)), sowie die Möglichkeit außergerichtlicher Rechtsbehelfsverfahren. Beide Maßnahmen greift auch der Referentenentwurf auf und unterwirft Inhalte auf Video-Plattformen im Übrigen den Vorgaben, denen auch Äußerungen auf sozialen Netzwerken unterworfen sind. Das in der AVMD-Richtlinie aufgegriffene und

originär in Art. 15 E-Commerce-Richtlinie enthaltene Verbot vorbeugender Prüfpflichten wird eingehalten. Nach Art. 28b Abs. 6 AVMD-Richtlinie ist es zulässig, strengere oder ausführlichere Vorgaben als die in Art. 28b Abs. 3 AVMD-Richtlinie genannten Maßnahmen vorzusehen, weshalb die vorgesehene Normierung im NetzDG eine zulässige Teilumsetzung der AVMD-Richtlinie sein dürfte. Erforderlich ist es aber, dass die Vorgaben der AVMD-Richtlinie, die nicht im NetzDG umgesetzt werden, von den übrigen Umsetzungsakten erfasst werden.

dd) Auswirkungen auf die Verbraucher – Handlungsempfehlungen

Die wesentliche Schwierigkeit bei der Durchsetzung äußerungsrechtlicher Ansprüche, sei es gem. §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB oder aber aus dem NetzDG, gegen Plattformbetreiber ist die von der Rechtsprechung geübte Praxis, im Zweifel von der Zulässigkeit der Äußerung auszugehen. Zwischen den Grundrechten – auch nicht zwischen dem Allgemeinen Persönlichkeitsrecht und der Meinungsfreiheit – besteht aber gerade kein generelles Vorrangverhältnis. Auch wenn das BVerfG zu Recht von einer schlechthin konstituierenden Wirkung der Meinungsfreiheit für eine Demokratie ausgeht, darf die demokratiegefährdende Wirkung massenhafter Hassrede im Netz nicht verkannt werden, die nicht selten in Selbstzensur nicht nur von Journalisten,³⁴² sondern von jedermann mündet, wobei Frauen besonders oft betroffen sind.³⁴³ Im Online-Bereich erscheint es insofern dringend erforderlich, die Rechtsprechungspraxis den erheblich stärker wirkenden Beeinträchtigungswirkungen von Äußerungen anzupassen. Es ist allerdings in erster Linie nicht der Gesetzgeber, sondern die Rechtsprechung aufgerufen, das Äußerungsverhalten im Netz entsprechend seiner tatsächlichen Intensität zu würdigen. Dabei geht es nicht um die einseitige Einschränkung der Meinungsfreiheit, sondern um die Herstellung praktischer Konkordanz, die stets erforderlich ist, wenn zwei Grundrechte kollidieren. Der Selbstzensur entgegenzuwirken, dient letztlich dem Schutz der Meinungsfreiheit selbst.

³⁴⁰ Jäger, ZUM 2019, 477, 478.

³⁴¹ Gundel, ZUM 2019, 131, 132.

³⁴² Siehe dazu: https://www.deutschlandfunk.de/studie-des-europarates-journalisten-zensieren-sich-selbst.2907.de.html?dram:article_id=384213, zuletzt abgerufen am 02.03.2020.

³⁴³ Siehe dazu: <https://www.dw.com/de/hassrede-!%C3%A4sst-junge-frauen-online-verstummen/a-46264098>, zuletzt abgerufen am 02.03.2020.

Eben dieses Ziel verfolgt auch das NetzDG, dessen konkreter Änderungsbedarf sich aus den unter cc) dargestellten Aspekten ergibt.

6. Datenschutzrecht

a) Allgemeine Rechtsprobleme, insbesondere gemeinsame Verantwortlichkeit

Datenschutzrechtlich ergeben sich eine Reihe allgemeiner Rechtsprobleme, die für Plattformen ebenso wie für jeden anderen datenschutzrechtlich Verantwortlichen Relevanz haben und die hier daher nicht eigenständig adressiert werden sollen. Auch die Frage der gemeinsamen Verantwortlichkeit ist, selbst wenn sie derzeit insbesondere mit Bezug zu Plattformen in Literatur und Rechtsprechung diskutiert wird, eine allgemeine datenschutzrechtliche Frage, die ebenso mit Bezug zu jedem anderen gemeinsamen Verantwortlichen relevant werden kann. Die Problematik der gemeinsamen Verantwortlichkeit von Plattformen und ihren Nutzern für datenschutzrechtlich relevante Handlungen soll daher hier nicht im Detail nachgezeichnet werden. Es darf aber zumindest darauf hingewiesen sein, dass eine gemeinsame Verantwortlichkeit von Fanpage-Betreiber und Facebook sinnvoll ist und im Nutzerinteresse liegt. Derzeit kann es allerdings für Nutzer sozialer Netzwerke, die gerade auch Verbraucher sein können, misslich sein, wenn sie über die Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer gemeinsamen Verantwortlichkeit gesetzlich im Unklaren bleiben. Art. 26 DSGVO hat hier insbesondere auf Rechtsgenseite Konkretisierungsbedarf (z.B.: Welche Inhalte muss die abzuschließende Vereinbarung haben? Welche Ansprüche haben die gemeinsamen Verantwortlichen gegeneinander?), während die Voraussetzungen gemeinsamer Verantwortlichkeit durch den EuGH jedenfalls etwas präziser gefasst wurden.³⁴⁴

b) Art. 85 DSGVO

Neben den allgemeinen und grundsätzlich für eine Reihe an Akteuren zu beantwortenden Fragen scheint es für Plattformen explizit relevant zu sein, ob sie sich auf die Privilegierung des Art. 85 DSGVO berufen können. Art. 85 DSGVO stellt insbesondere Datenverarbeitungen zu journalistischen Zwecken von den Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung sehr weitgehend frei. Die Anwendbarkeit dieser Privilegierung auf Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion würde diesen Plattformen daher umfangreich zugutekommen. Will man Art. 85 DSGVO nicht zu einem allgemeinen Meinungsprivileg ausweiten,³⁴⁵ wird es für die Beurteilung darauf ankommen müssen, ob Plattformen die von Art. 85 DSGVO vorausgesetzte journalistische Zwecksetzung einer Datenverarbeitung erfüllen.³⁴⁶ Zwar üben Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion keine klassisch-publizistische Medientätigkeit aus, dennoch nehmen sie Einfluss auf Kommunikationsvorgänge, indem sie Beiträge zum Abruf bereithalten und die Informationen dabei in der Regel nach Aktualität und Inhalt strukturieren, teilweise algorithmenbasiert filtern und personalisieren.³⁴⁷ Zu der Werteentscheidung, welches Maß an Aufbereitung bzw. Bearbeitung von Daten es für die Anerkennung eines journalistischen Zweckes bedarf, herrscht nicht erst seit Inkrafttreten der DSGVO Unklarheit. Da die Gesetzessystematik hier keinerlei Anhaltspunkte bietet, ist das korrekte Verständnis der Reichweite journalistischer Zwecke nach Art. 85 Abs. 1, Abs. 2 DSGVO mit Hilfe des Wortlauts der Norm und unter Berücksichtigung des Willens des europäischen Gesetzgebers als auch des Sinns und Zwecks der Vorschrift zu ermitteln. Ausgangspunkt für die Untersuchung ist dabei stets der Gesetzeswortlaut.

aa) Auslegung des Art. 85 DSGVO

Nach dem Wortlaut der Norm muss die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken erfolgen, Art. 85 Abs. 2 Hs. 1 DSGVO. Weitere Anforderungen, die an die journalistischen Zwecke gestellt werden, sind dem Wortlaut der Vorschrift nicht zu entnehmen.

³⁴⁴ EuGH, Urt. v. 05.06.2018 – C-210/16, MMR 2018, 591, ECLI:EU:C:2018:288 – *Fanpages*; EuGH, Urt. v. 10.07.2018 – C-25/17, ZD 2018, 469, ECLI:EU:C:2018:551 – *Zeugen Jehovas*; EuGH Urt. v. 29.07.2019, ZD 2019, 455 – *Fashion ID*.

³⁴⁵ Vgl. hierzu: Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13 m.w.Nachw., zur Frage, ob Art. 85 DSGVO eine eigenständige Öffnungsklausel darstellt, vgl. Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 m.w.Nachw.; Hartlaub/Lauber-Rönsberg, NJW 2017, 1057 ff.

³⁴⁶ Vgl.: BVerwG, Urt. v. 21.03.2019 – 7 C 26/17, NVwZ 2019, 1283 Tz. 34.

³⁴⁷ Michel, ZUM 2018, 836, 836; Giere/Heilmann, Mediengrundrechtliche Einordnung von Internetintermediären, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 49, 50 und 75 m.w.Nachw.

Der Wortlaut der Norm setzt weder ein Tätigwerden der Presse noch den Einsatz eines bestimmten Mediums voraus.³⁴⁸ Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthält gerade nicht nur eine Privilegierung zugunsten von Printmedien, sondern ist technologieneutral formuliert.³⁴⁹ Auch der Berufsstand der den journalistischen Zweck ausübenden Person ist unerheblich.³⁵⁰ Dies stellten auch bereits der EuGH und jüngst das OLG Köln zu Art. 9 DSRL³⁵¹ fest, der Vorgängernorm des Art. 85 DSGVO. Privilegiert wird jeder, der journalistisch tätig wird.³⁵²

Nach dem Wortlaut von Art. 85 Abs. 2 DSGVO ist es ebenfalls nicht erforderlich, dass die Datenverarbeitung ausschließlich journalistischen Zwecken dient. Anders als zuvor bei Art. 9 DSRL sind andere Zwecke, die neben den journalistischen Zwecken verfolgt werden, unschädlich.³⁵³ Auch entfällt die journalistische Zwecksetzung nicht dadurch, dass durch die Datenverarbeitung Gewinne erzielt werden sollen.³⁵⁴

Neben dem Wortlaut des Art. 85 Abs. 2 DSGVO ist der Wille des europäischen Gesetzgebers beachtlich, der auch durch die Erwägungsgründe der DSGVO zum Ausdruck kommt. Nach ErwGr. 153 S. 7 DSGVO ist der Begriff Journalismus weit auszulegen, um der Bedeutung

des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen.³⁵⁵

Abschließend ist der Telos von Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu beachten. Art. 85 DSGVO bezweckt die Herstellung praktischer Konkordanz.³⁵⁶ Das Recht auf Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GRCh wird nicht uneingeschränkt gewährleistet, sondern muss gegen den Schutz der Presse- und Medienfreiheit, Art. 11 Abs. 2 GRCh, der Meinungsfreiheit, Art. 11 Abs. 1 S. 1 GRCh, und der Informationsfreiheit, Art. 11 Abs. 1 S. 2 GRCh, abgewogen werden.³⁵⁷ Einerseits soll die Funktionsfähigkeit der Medien auch zum Schutz der Informationsinteressen der Öffentlichkeit garantiert werden, andererseits ist eine Ausuferung des Medienprivilegs zulasten der informationellen Selbstbestimmung zu vermeiden.³⁵⁸

bb) Einschlägige Rechtsprechung

Auch der EuGH geht in seinen beiden Urteilen zu Art. 9 DSRL, *Satamedia*³⁵⁹ und *Buivids*³⁶⁰, im Grundsatz von einem weiten Verständnis des Journalismus-Begriffes aus.³⁶¹ Diese Rechtsprechung des EuGH ist auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu übertragen, da das Medienprivileg der Datenschutzgrundverordnung sogar offener formuliert ist als Art. 9 DSRL.³⁶²

348 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.

349 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2.

350 Vgl. zu Art. 9 DSRL: EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = NJW 2019, 2451 Tz. 55 – *Sergejs Buivids/Datu valsts inspekcija*.

351 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

352 OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 33; EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = NJW 2019, 2451 Tz. 52 – *Sergejs Buivids/Datu valsts inspekcija*; EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = EuZW 2009, 108 Tz. 58 – *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*.

353 Vgl.: OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 33.

354 EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = EuZW 2009, 108 Tz. 59 – *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*; bestätigend: EGMR, Urt. v. 21.07.2015 – Individualbeschwerde 931/13, ECLI:CE:ECHR:2015:0721JUD000093113 = AfP 2016, 346 Tz. 72 – *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia gegen Finnland*; vgl. auch: Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.

355 Vgl. auch: Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.

356 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1.

357 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1.

358 Vgl. auch: Michel, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Bloggerinnen und Bürgerjournalistinnen – Braucht das Verhältnis von Presserecht und Datenschutz ein Update?, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 131, 153; Michel, ZUM 2018, 836, 840.

359 EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = EuZW 2009, 108, 108 ff. – *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*.

360 EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = NJW 2019, 2451, 2451 ff. – *Sergejs Buivids/Datu valsts inspekcija*.

361 EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = EuZW 2009, 108 Tz. 50 ff. – *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*; EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = NJW 2019, 2451 Tz. 48 ff. – *Sergejs Buivids/Datu valsts inspekcija*; siehe zu der Feststellung auch: BVerwG, Urt. v. 21.03.2019 – 7 C 26/17, NVwZ 2019, 1283 Tz. 30; Schantz/Wolff-Schantz, Das neue Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2017, Rn. 1323.

362 Vgl. auch: Michel, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Bloggerinnen und Bürgerjournalistinnen – Braucht das Verhältnis von Presserecht und Datenschutz ein Update?, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 131, 148.

Für eine journalistische Zwecksetzung ist es nach der Rechtsprechung des EuGH maßgeblich, ob es die Datenverarbeitung zum Zweck hat, Informationen, Meinungen oder Ideen, mit welchem Übertragungsmittel auch immer, in der Öffentlichkeit zu verbreiten.³⁶³ Hiernach muss die Informationsverbreitung weder nach publizistischen Kriterien erfolgen,³⁶⁴ noch müssen „eigene“ Informationen, Meinungen und Ideen in der Öffentlichkeit verbreitet werden. Plattformen genügen diesen Anforderungen des EuGH regelmäßig, da sie Informationen, Meinungen und Ideen ihrer aktiven Nutzer an die Öffentlichkeit vermitteln. Jedoch stellt der EuGH auch klar, dass nicht jegliche im Internet erfolgende Veröffentlichung von Informationen unter den Begriff der journalistischen Tätigkeiten fällt.³⁶⁵ Die Grenzziehung ist daher fraglich.

c) Auswirkungen auf die Verbraucher – Handlungsempfehlungen: Erfordernis zweckgebundener Funktionsäquivalenz

Plattformen werden jedenfalls z.T. in der Öffentlichkeit als funktionales Äquivalent zu traditionellen Medien wahrgenommen und genutzt.³⁶⁶ Sie substituieren damit zumindest zu einem gewissen Grad traditionelle Medi-

en.³⁶⁷ Mehrseitige Plattformen, die Inhalte mitteln, sind die Basis netzbasierter Kommunikationsformen.³⁶⁸ Sie bieten dem Einzelnen nicht nur ein Forum für die freie Meinungsäußerung, sondern verbreiten zugleich Meinungen und Informationen an die Öffentlichkeit.³⁶⁹ Nicht selten bereiten sie die Informationen Dritter auf oder sortieren sie.³⁷⁰ Darüber hinaus nehmen sie oftmals entscheidende Auswahlentscheidungen der angezeigten Inhalte vor.³⁷¹

Allerdings bleiben sie jedenfalls dann, wenn sie keine eigenen Inhalte einbinden,³⁷² im Kern Inhaltsmittler ohne zwingenden inhaltlichen Einfluss auf die von ihnen vermittelten Drittbeiträge.³⁷³ Eine für eine journalistische Tätigkeit erforderliche eigene meinungsbildende Tätigkeit ist regelmäßig nicht zu erkennen.³⁷⁴ Vielfach ist eine Plattform ein bloßer Hilfsdienst zur besseren Verbreitung von Drittinformationen.³⁷⁵ Eine journalistische Zwecksetzung ist daher erst dann zu erkennen, wenn sich die Plattformen die meinungsbildenden Beiträge ihrer Nutzer zu eigen machen,³⁷⁶ sie die Nutzerbeiträge mit eigenen Informationen ergänzen³⁷⁷ oder eine Vor- bzw. Nachbearbeitung dieser vornehmen.³⁷⁸ Sie müssen sich insofern funktionsäquivalent zu klas-

363 EuGH, Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = EuZW 2009, 108 Tz. 61 f. – *Satakunnan Markkinapörssi und Satamedia*; EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = NJW 2019, 2451 Tz. 53 f. und Tz. 59 f. – *Sergejs Buivids/Datu valsts inspekcija*; vgl. hierzu auch: OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 33.

364 Michel, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Bloggerinnen und Bürgerjournalistinnen – Braucht das Verhältnis von Presserecht und Datenschutz ein Update?, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 131, 148.

365 EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = NJW 2019, 2451 Tz. 58 – *Sergejs Buivids/Datu valsts inspekcija*; vgl. auch: OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 33.

366 Specht/Mantz-Hennemann, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 35.

367 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.

368 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.

369 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13; vgl. auch: Michel, ZUM 2018, 836, 840.

370 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13; vgl. auch: Giere/Heilmann, Mediengrundrechtliche Einordnung von Internetintermediären, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 49, 67 und 75 m.w.Nachw.

371 Specht/Mantz-Hennemann, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 35; Giere/Heilmann, Mediengrundrechtliche Einordnung von Internetintermediären, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 49, 50 und 75 m.w.Nachw.

372 Vgl. hierzu: BeckOK Informations- und Medienrecht-Kühling, 25. Ed. Stand 01.11.2018, Art. 5 GG Rn. 46; Specht/Mantz-Hennemann, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 35.

373 Zur Mittlerrolle vgl. OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 34.

374 OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 34.

375 OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 34; vgl. auch: Specht/Mantz-Hennemann, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 34.

376 OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 34.

377 Michel, ZUM 2018, 836, 840.

378 OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 34.

sischen journalistischen Tätigkeiten verhalten, um dem Zweck des Art. 85 DSGVO gerecht zu werden, was mit dem Erfordernis einer zweckgebundenen Funktionsäquivalenz umschrieben ist.³⁷⁹ Dieses einschränkende Kriterium ist erforderlich, um zu verhindern, dass Art. 85 DSGVO zu einem allgemeinen Meinungsprivileg ausgeweitet wird.³⁸⁰ Die Anforderungen dürfen in Betracht der weitreichenden Rechtsfolgen des Art. 85 DSGVO (umfassende datenschutzrechtliche Freistellungen) schon aus einer teleologischen Argumentation heraus nicht zu niedrig gehalten werden, denn der Schutz des informationellen Selbstbestimmungsrechtes als zentraler Schutzzweck der DSGVO insgesamt würde anderenfalls zu weitreichend beschränkt.³⁸¹

Eine reine Mittlerfunktion der Plattform genügt nach all dem nicht für eine journalistische Datenverarbeitung.³⁸² Erst wenn die meinungsbildende Wirkung für die Allgemeinheit prägender Bestandteil des Angebots und nicht nur schmückendes Beiwerk ist, kann von einer journalistischen Gestaltung gesprochen werden.³⁸³ Ob dies der Fall ist, ist anhand des Einzelfalls unter Berücksichtigung der spezifischen Ausgestaltung und Funktionsweise der Plattform zu beurteilen.³⁸⁴ Entscheidend sollte es für eine zweckgebundene Funktionsäquivalenz darauf ankommen, dass

1. zu den Nutzerbeiträgen plattformeigene Angebote und Informationen hinzugefügt werden³⁸⁵ oder

2. eine inhaltliche Überarbeitung der Nutzerbeiträge durch die Plattform stattfindet³⁸⁶ oder
3. eine Vorab- oder Nachkontrolle der Nutzerbeiträge bspw. unter dem Gesichtspunkt der Authentizität vorgenommen wird³⁸⁷ oder
4. eine inhaltsbezogene Auswahl der Nutzerbeiträge nach publizistischen Kriterien erfolgt, wie Aktualität, Strukturierung und Selektivität.³⁸⁸

Das Erfordernis einer Einflussnahme auf die Nutzerbeiträge bedeutet allerdings zugleich, dass die Haftungsprivilegierung des Art. 14 ECRL entfällt, da die Plattformen ihre neutrale Rolle verlassen. Zweckgebundene Funktionsäquivalenz und die Haftungsprivilegierung des Art. 14 ECRL stehen damit in einem Exklusivitätsverhältnis.³⁸⁹

379 Sydow-Specht/Riemenschneider, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.

380 Specht/Mantz-Hennemann, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 34.

381 In diesem Sinne: OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 36; Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 DSGVO Rn. 25.

382 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13; vgl. auch: BGH, Urt. v. 23.06.2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888 Tz. 22 – *spickmich.de*; Schantz/Wolff-Schantz, Das neue Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2017, Rn. 1323; Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 25.

383 BGH, Urt. v. 23.06.2009 – VI ZR 196/08, NJW 2009, 2888 Tz. 21 – *spickmich.de*; zustimmend: OLG Köln, Urt. v. 14.11.2019 – 15 U 89/19, BeckRS 2019, 28520 Tz. 35; HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 DSGVO Rn. 18; Kühling/Buchner-Buchner/Tinnefeld, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 DSGVO Rn. 25; Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.

384 Michel, ZUM 2018, 836, 838.

385 Michel, ZUM 2018, 836, 840; ein sehr weites Verständnis bei: HK DS-GVO/BDSG-Frey, 1. Aufl. 2018, Art. 85 DSGVO Rn. 18.

386 Vgl.: Michel, ZUM 2018, 836, 840.

387 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.

388 Vgl.: Michel, ZUM 2018, 836, 840; Michel, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Bloggerinnen und Bürgerjournalistinnen – Braucht das Verhältnis von Presserecht und Datenschutz ein Update?, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 131, 142; Giere/Heilmann, Mediengrundrechtliche Einordnung von Internetintermediären, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 49, 54 m.w.Nachw.; Lent, ZUM 2013, 914, 914 ff.

389 Sydow-Specht/Bienemann, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13.



VI

Fünf Maximen für die Regulierung von Plattformen aus Verbraucherperspektive

Das Ergebnis der Stellungnahme führt zu fünf Maximen, nach denen sich eine Regulierung von Plattformen aus Verbrauchersicht richten sollte:

1. Plattformen dienen unterschiedlichen Funktionen und sollten entsprechend diesen Funktionen reguliert werden

Plattformen sind vielzählig und heterogen. Sie erfüllen wichtige Aufgaben und halten eine Vielzahl von Funktionen bereit, die aus Verbrauchersicht wünschenswert und hilfreich sind. Bei Erfüllung dieser Funktionen kann es jedoch zu Problemen kommen. Sofern hieraus ein regulatorischer Bedarf abzuleiten ist, bedeutet dies jedoch stets, dass nicht die Plattform an sich, sondern eben die jeweilige Funktion regulatorisch adressiert werden sollte. Welche der von Plattformen wahrgenommenen Funktionen welche Rechtsfragen aufwerfen, lässt sich nur durch eine differenzierte Betrachtung ermitteln. Aus rechtswissenschaftlicher Sicht sind dabei zwei grundsätzliche Unterscheidungen erforderlich:

a) Eigenwahrnehmung von Funktionalitäten oder Mittlerfunktion?

Einerseits ist eine Unterscheidung in Plattformfunktionalitäten erforderlich, die die Plattform selbst ausfüllt, und solche Funktionen, in denen sie lediglich eine Mittlerrolle einnimmt. So besteht z.B. die Möglichkeit, mit dem Plattformanbieter selbst Kaufverträge o.a. Verträge abzuschließen. Auch ein Ranking von Inhalten nach bestimmten Kriterien nimmt die Plattform selbst vor. Andererseits können Nutzer aber auch über eine Plattform Verträge untereinander abschließen. Die Plattform wird hier in ihrer Mittlerrolle tätig. Auch die gerankten Inhalte werden vom Nutzer bereitgestellt.

b) Diversität der Mittlerrolle

Im Hinblick auf diese Mittlerrolle ist die Unterscheidung von Transaktionsfunktion, Informationsfunktion und Interaktionsfunktion wesentlich (wobei es nicht ausgeschlossen ist, dass es weitere noch nicht erfasste Plattformfunktionen geben kann und die Funktionen auf den Plattformen sowohl zentral als auch untergeordnet sein können). In der Regel werden Plattformen mehrere Funktionen nebeneinander erfüllen. Bei funktionszentrierter Regulierung muss sie sich entsprechend an alle Vorgaben halten, die sich an die durch sie angebotenen Funktionen richten. Funktionszentrierte Regulierung sollte daher auch in einer Plattform, die mehrere Funktionen kombiniert, sinnvoll anwendbar und umsetzbar sein, ohne die Verbraucherinteressen zu vernachlässigen. Die beschriebenen Mittlerfunktionen lassen sich wie folgt präzisieren:

aa) Transaktionsmittelnde Funktionen geben Nutzern (privaten oder gewerblichen) die Möglichkeit, mit anderen Nutzern (privaten oder gewerblichen Anbietern) 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.

bb) 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.

cc) 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.

2. Regulierung an Funktionen und Risiken orientieren

Regulierende Maßnahmen müssen verhältnismäßig sein. Sie sollten daher sowohl die Wirkmacht der unterschiedlichen Funktionen betrachten als auch die unterschiedliche Leistungsfähigkeit der Plattformen berücksichtigen. Dies entspricht dem bisherigen System der Verkehrspflichten im deutschen Recht, an die sowohl die lauterkeitsrechtliche Täterhaftung als

auch die Störerhaftung im gewerblichen Rechtsschutz, im Urheberrecht (vor Umsetzung der DSM-RL) sowie im Persönlichkeitsrecht anknüpft. Hierbei handelt es sich bereits um eine Regulierung entlang der Risiken, die mit dem Geschäftsmodell der Plattform und ihren konkreten Funktionalitäten einhergeht, wobei stets auch Verhältnismäßigkeitserwägungen eine erhebliche Rolle spielen. Ebenfalls aus Verhältnismäßigkeitserwägungen folgt, dass Plattformen, auf denen eine Vernachlässigung von Verbraucherinteressen aufgrund der Reichweite ihrer konkreten Funktion eine intensivere Wirkung hat als auf weniger reichweitenstarken Plattformen, rechtlich stärker in die Pflicht genommen werden müssen. Die betroffenen Rechte und Interessen der Verbraucher sind hier wesentlich nachhaltiger beeinträchtigt, was auch de lege lata bereits berücksichtigt wird, wenn es z.B. um den Umfang von Geldentschädigungsansprüchen bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten geht. Die Orientierung an Verkehrspflichten erlaubt damit eine erhebliche Einzelfallgerechtigkeit, Rechtssicherheit kann jedoch nur durch Normierung grundlegender Haftungsparameter erreicht werden.

3. Interaktionsfunktionen als öffentliche Kommunikationsräume anerkennen

Insbesondere reichweitenstarke Plattformen, bei denen die interaktionsmittelnde Funktion im Mittelpunkt steht, haben eine erhebliche Bedeutung für die Zivilgesellschaft erlangt. Sie gewährleisten einen öffentlichen Kommunikationsraum, wobei einige von ihnen potentiell einen Einfluss auf die Wahrnehmbarkeit von Angeboten haben. Dies muss eine Regulierung entsprechend berücksichtigen. Dabei ist allerdings ebenso wichtig zu beachten, dass es absolute Neutralität und objektiv korrekte Darstellung von Inhalten nicht geben kann: Bestehende Verpflichtungen der Plattform sollten nachdrücklich durchgesetzt werden, z.B. Zugangsgewährleistungsansprüche und Mindestqualitätsstandards, wobei zu den Mindestqualitätsstandards auch die Einhaltung bereits bestehender rechtlicher Vorgaben wie z.B. des Datenschutzes zählt. Regulatorisch muss v.a. bedacht werden, dass unbe-

dingt ausreichende Rechtsschutzmöglichkeiten für Verbraucher und ein verbrauchergerechtes Plattformdesign zur Verfügung zu stellen sein sollten. Die verbraucherfreundliche Gestaltung von Meldesystemen und Beanstandungsmöglichkeiten ist für Verbraucher besonders wichtig, um bestehende Rechte wahrnehmen zu können.

4. Klare Grenzen des Rechtsrahmens ziehen

Die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln eröffnet die Möglichkeit größerer Einzelfallgerechtigkeit, konkrete Regelungen führen dagegen zu einem Mehr an Rechtssicherheit. Beide Elemente sind für eine verbrauchergerechte Regulierung erforderlich. Der auszugestaltende Rechtsrahmen muss daher klare Grenzen aufzeigen, ohne dass die bislang dominierende Regulierungstechnik mit offenen Formulierungen und einer Vielzahl von Generalklauseln gänzlich aufgegeben wird. Sie sollte aber durch schwarze Listen verbotener Praktiken und/oder Klauselverbote, z.B. beim ungerechtfertigten Ausschluss von Meinungsäußerungen auf Plattformen, ergänzt werden. Auch hier sollte die jeweils betroffene Funktionalität der Plattform berücksichtigt werden. Politik sollte die Konkretisierung des Rechtsrahmens nicht allein der Rechtsprechung überlassen, die Jahre braucht, um zuverlässige Grenzlinien aufzuzeigen. Die derzeit in Deutschland diskutierte Neufassung der einschlägigen Bestimmungen des GWB ist ein erster wichtiger Schritt in die richtige Richtung, dürfte aber kaum ausreichend sein.

5. Spielräume für Regulierung durch die Mitgliedstaaten bedenken

Die EU kann die Aufgaben und Funktionen von Plattformen nur über die Regelungszuständigkeit der Binnenmarktkompetenz, Art. 114 AEUV, regulieren. Maßgeblich für die Plattformhaftung ist die E-Commerce-Richtlinie (ECRL). Zum Zeitpunkt ihrer Verabschiedung im Jahr 2000 hatten diese Plattformen aber noch eine ganz andere Gestalt, als dies heute der Fall ist. Facebook beispielsweise wurde erst 2004 gegründet, Google hatte längst noch nicht die Reichweite, über die es heute verfügt. Die verschiedenen Plattformfunktionalitäten werfen Rechtsfragen auf, die auch andere Bereiche als den Binnenmarkt betreffen und sich daher nicht vollumfänglich über die Binnenmarktkompetenz erfassen lassen. Die verbleibenden nationalen Spielräume für die Gestaltung des öffentlichen Raumes müssen von jeder zukünftigen EU-Regulierung berücksichtigt und beibehalten werden. Innerhalb der Kompetenzen der EU sollte es freilich im Interesse eines digitalen Binnenmarktes in Europa übergeordnetes Ziel sein, den Rechtsrahmen bestmöglich zu harmonisieren und eine Fragmentierung in der Regulierung zu vermeiden.

Five maxims for platform regulation from the consumer perspective

The conclusions of this opinion can be summed up in five maxims which platform regulation in the consumer interest should follow:

1. Platforms serve different functions and must be regulated accordingly

There are many platforms and many kinds of platform. They perform important tasks and offer a wide range of functions that are both desirable and helpful to the consumer. But the performance of these functions can be problematical. Where this performance necessitates regulation, however, it always means that it is the function rather than the platform itself that needs to be addressed. Only a differentiated approach can determine which platform functions pose which legal questions. From a legal perspective, two fundamental distinctions must be drawn here:

(a) Is the platform an autonomous operator or an intermediary?

We need first to distinguish between platform functionalities performed by the platform itself and functions in which it acts merely as an intermediary. Thus, for example, purchase contracts or other agreements may be concluded directly with the platform provider. Also, if a content ranking-system exists the platform can rank content itself on the basis of specific criteria. Alternatively, users may conclude contracts with other users via a platform. Here, the platform acts as an intermediary.

(b) Diversity of the intermediation role

In regard to this intermediation role, it is important to distinguish between transactional, informational and interactional functions (bearing in mind that there may be other platform functions not yet covered and that functions may be performed on the platform both centrally and at a more subordinate level). As a rule, platforms will perform several functions in tandem. With function-centred regulation, a platform must confine itself to the operations relevant to the functions it provides. So even on a platform that combines multiple functions, it must be possible to apply function-centred regulation easily and effectively without neglecting the consumer interest. Intermediation functions can be described as follows:

(aa) Transactional functions enable (private or business) users to perform transactions, for example contracts, with other (private or business) users. Transactional functions of this kind are to be found on e.g. trading platforms for goods or services. On the other hand, the function of merely sending someone via a link to a platform where transactions can be performed does not count as a transactional function.

(bb) Informational functions enable users to search actively for information on content available online. They tell the user where this content is to be found online, but the user can access it only by clicking through from the platform to the content in question. Informational functions are thus limited to search functions. They link to information, but do not provide the information themselves.

(cc) Interactional functions enable users to communicate with other users via the platform, share opinions and make content publicly accessible. Interactional functions are provided, for example, by social media platforms and video sharing platforms, but can also be provided – as a subsidiary function – by other platforms, for example in commentary functions. With regard to the different kinds of content which can be provided on platforms with interactional functions, it should not be excluded that these different types of content may be regulated differently in detail, for example because certain media requirements apply only to specific types of content.

2. Function- and risk-oriented regulation

Regulatory measures must be proportionate. Accordingly, they must take into account both the power of various functions and the varying performance capabilities of platforms. The duties of care existing hitherto in German law do this. They form the basis for the liability of the perpetrator in unfair competition law and the “Störer” (a co-liable party) e.g. in intellectual property law, copyright law (prior to transposition of the Digital Single Market Directive) and media law. This is a system of regulation based on the risks inherent in the business model of the platform and its specific functionalities, where considerations of proportionality also constantly play an important role. Likewise, it follows from considerations of proportionality that there must be tighter regulation of platforms where any neglect of consumer interests caused by the breadth of their specific functions has a more significant impact than would be the case with platforms of a narrower coverage. As the existing law already recognises, for example when the amount of financial compensation for infringement of moral rights is determined, the harm done to consumer rights and interests is far greater and longer-lasting here. Regulation shaped by duties of care thus provides a considerable degree of case-by-case fairness, but legal certainty can be assured only by additionally setting basic liability parameters that are systemic.

3. Recognition of interactional functions as public communication spaces

Platforms with particularly wide coverage and with operations centred on the interactional function have become crucial to civil society. They provide a public communication space, with some of them potentially influencing the visibility of product and service offerings.

The regulator must take due account of this. Nevertheless, it is equally important to realise that there can be no such thing as full neutrality and objectively correct representation. It is imperative that existing obligations are met, for example guaranteed access rights and minimum quality standards, and minimum quality standards include compliance with existing legal requirements such as those of data protection. The regulator must, above all, ensure that there are adequate avenues of legal redress for consumers, together with consumer-oriented platform design. Consumer-friendly reporting systems and complaints-handling mechanisms, for example, are especially important to consumers when it comes to the exercise of their rights.

4. *Clear delineation of the legal framework*

Use of non-specific legal terms and general clauses makes for better case-by-case fairness, whereas specific rules create greater legal certainty. Consumer-oriented regulation requires both elements. Therefore, the legal framework must be clearly delineated, whilst the regulatory methods that have predominated hitherto, with open wording and numerous general clauses, must not be abandoned. However, these methods should be widened to include blacklists of banned practices and/or provisions, for example the unwarranted blocking of opinions on platforms. Here too, account must be taken of the platform's functionality. Policymakers should not look to case law for a clearly defined and reliable legal framework, since case law takes years to build. Revision of the relevant provisions of the Competition Act (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB), currently under discussion in Germany, is an important first step in the right direction, but it is unlikely to be enough.

5. *Consideration of Member States' regulatory competence*

The EU can regulate platform tasks and functions only through the exercise of its internal market powers under Article 114 TFEU. Platform liability is determined by the e-Commerce Directive (ECD). However, when the ECD was approved in 2000, these platforms looked very different from the way they look now. Facebook, for example, was not founded until 2004, and Google had nowhere near the breadth of coverage it has today. The various platform functionalities raise legal issues which affect other areas as well as the internal market and thus cannot be fully resolved using the EU's internal market powers. All future regulatory measures by the EU must take into account and preserve the powers which Member States still possess to shape the public space. Nevertheless, where legislation can be based on the exercise of internal market powers under Art. 114 TFEU, in the interests of a digital single market in Europe, the overriding goal should be optimum harmonisation of the legal framework and the avoidance of regulatory fragmentation.¹

¹ The translation was carried out by the Federal Ministry of Justice and Consumer Protection.

SACHVERSTÄNDIGENRAT FÜR VERBRAUCHERFRAGEN

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen ist ein Beratungsgremium des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz. Er wurde im November 2014 eingerichtet.

Der Sachverständigenrat für Verbraucherfragen soll auf der Basis wissenschaftlicher Erkenntnisse und unter Berücksichtigung der Erfahrungen aus der Praxis das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz bei der Gestaltung der Verbraucherpolitik unterstützen.

Der Sachverständigenrat ist unabhängig und hat seinen Sitz in Berlin.

Vorsitzender des Sachverständigenrats ist Prof. Dr. Peter Kenning.