„Funktion und Verantwortung von Plattformen als Informations-Intermediäre“

Gerald Spindler

I. Einleitung

Plattformen als Informations-Intermediäre sind nicht mehr wegzudenken aus dem öffentlichen Leben. Sie fungieren als Vermittler von Meinungen, Inhalten, stellen Kontakte zwischen Individuen her, dienen aber auch gleichzeitig der Massenkommunikation. Ohne Intermediäre wären zahlreiche Inhalte im Netz nicht auffindbar, Verknüpfungen ließen sich nicht herstellen. Gleichzeitig arbeiten Intermediäre automatisiert und agieren im Prinzip „neutral“ im Sinne rein technisch arbeitender Vermittler – was sich allerdings durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz verändert hat.

Umgekehrt stellt sich die Frage, welche Verantwortung solche Intermediäre mit einer enormen Reichweite und Gewichtigkeit für die öffentliche Meinungsbildung besitzen – quasi im Spannungsverhältnis zwischen automatisierten Technologien einerseits und der gesteigerten Kommunikation bzw. Gatekeeper-Funktion der Plattform andererseits. Anders als tradierte Massenkommunikationsmedien leiten – im Grundsatz jedenfalls – Plattformen „ungefiltert“ alle Inhalte und Meinungen weiter, wobei sie (im begrenzten Maße) durchaus die Möglichkeit haben (könnten), Inhalte zu strukturieren und zu filtern.

Vor diesem Hintergrund wird zunächst die Rolle der Plattformen näher beleuchtet (II.), anschließend die Frage der Verantwortlichkeit im Spannungsverhältnis zwischen Individual- und Massenkommunikation (III.). Maßgeblich werden dann kurz die bestehenden Regelungen zur Regulierung der Plattformen und die anstehenden europäischen Regulierungsvorschläge erörtert (IV.). Schließlich werden kurz die Vor- und Nachteile der jeweiligen Regulierungsansätze diskutiert (V.)

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

II. Rolle der Plattformen als Informations-Intermediäre

A. Funktionsweise und Arten von Plattformen

Betrachtet man die Plattformen im Netz genauer, wird man sich schnell bewusst, dass es „die" Plattform als Oberbegriff schlechthin kaum gibt. Vielmehr existiert eine ganze Bandbreite von Intermediären, die sich als Plattform im Sinne der Vermittlung von Nachrichten und Kommunikationskontakten einordnen lassen können. Angefangen bei „klassischen" sozialen Netzwerken wie Facebook, Instagram oder Twitter über solche, die berufsspezifischer Natur sind, wie XING oder LinkedIn, Blogportalen oder Wissensvermittlungsplattformen mit Mitwirkungsmöglichkeiten wie Wikipedia oder Videosharingplattformen für user generated content wie YouTube oder Bewertungsplattformen, etwa für Ärzte (Jameda), bis hin zu Suchmaschinen, die über das Ranking von Suchergebnissen und autocomplete-Funktionen von eingegebenen Suchbegriffen ebenfalls geeignet sind, bestimmte Inhalte zu priorisieren, reicht die Palette – ohne dass diese Aufzählung für sich in Anspruch nehmen könnte, erschöpfend zu sein.

Allen „Plattformen" ist ihre Eigenart gemein, dass sie einerseits die Möglichkeit der Individualkommunikation ermöglichen, gleichzeitig aber auch größere Personenkreise bis hin zur vollständigen Öffentlichkeit adressiert werden können. So können auf sozialen Netzwerken wie Facebook einerseits individuelle Nachrichten an einen Adressaten gerichtet werden, andererseits aber auch Nachrichten „gepostet" werden, die dann von jedermann auf dem Netzwerk eingesehen werden können. Zwischenabstufungen existieren indes ebenso, indem der zur Einsichtnahme zugelassene Personenkreis näher definiert bzw. auf „Freunde" oder andere Adressatengruppen eingegrenzt werden kann.[1] Aber auch die klassischen Messenger-Dienste wie WhatsApp oder Telegram oszillieren zwischen reiner Individualkommunikation im Sinne von Punkt-zu-Punkt-Nachrichtenaustausch und Massenkommunikation durch entsprechend große WhatsApp-Gruppen oder Telegram-Kanäle. Andere Plattformen wie Twitter zielen zumindest primär auf die vornherein unbegrenzte Massenkommunikation, die nur davon abhängt, ob man einem bestimmten „Sender" von Nachrichten „folgt". Ergänzend sind aber auch auf Twitter Direktnachrichten im Sinne der Individualkommunikation möglich.

1 Vgl. den Hilfebereich von Facebook, abrufbar unter https://www.facebook.com/help/211513702214269 (zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Schließlich entsprechen Videosharing-Plattformen wie YouTube oder Bewertungsplattformen wie Jameda, die grundsätzlich keine Eingrenzungsmöglichkeiten des zu adressierenden Personenkreises kennen, eher einer One-to-Many Kommunikation. Insoweit hat zwischenzeitlich insbesondere YouTube mit der Einführung der Nicht-gelistet sowie mit der Privat-Funktion die Möglichkeit geschaffen, Inhalte auch einem begrenzten Publikum zugänglich zu machen.[2]

Gerade dieses „Umschlagsmoment“ macht aber auch ihre rechtliche Behandlung und Einordnung schwierig, da das Recht bislang traditionell zwischen Individual- und Massenkommunikation unterschied, zusammen mit Kompetenzabgrenzungen zwischen Bund (als zuständig primär für die Individualkommunikation) und Ländern (als zuständig für die Massenkommunikation).[3] Auch auf europäischer Ebene setzt sich diese Dichotomie im Prinzip fort, in Gestalt der Unterscheidungen zwischen Telekommunikation oder „electronic communication“ einerseits und audio-visuellen Medien (AVM-Richtlinie) andererseits.

B. Einfluss auf Meinungsbildung und demokratische Prozesse

Der Einfluss von Internet-Intermediären auf die Meinungsbildung und demokratische Prozesse ist nicht erst seit den Vorkommnissen rund um die US-Präsidentschaftswahlen im Jahr 2016[4] und den Einfluss von „fake

---

2 S. dazu https://support.google.com/youtube/answer/157177 (zuletzt abgerufen am 22. Dezember 2021).

3 Zur ursprünglichen Abgrenzung zwischen Tele- und Mediendiensten: *Spindler*, Gutachten F zum 69. Deutschen Juristentag, „Persönlichkeitsschutz im Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung“, 2012, S. 39; *Ladeur/Gostomzyk,* NJW 2012, 710, 712 ff.; Spindler/Schuster/*Mann/Smid*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Siebter Teil, Rn. 9; a.A. *Bruns*, AfP 2011, 421, 424 ff.; *Gounalakis*, NJW 1997, 2993, 2995 f.

4 Zum Einsatz von Social Media im Wahlkampf 2016 s. *von Blumencron*, „Das Ende des Wahlkampfs, wie wir ihn kennen“, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/politik/von-trump-zu-biden/donald-trump-siegt-bei-us-wahl-2016-durch-social-media-14559570.html (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021); zu Desinformationskampagnen im US-Wahlkampf 2020 s. *Stadtlich*, „Falschinformationen zur US-Wahl“, abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/falschinformationen-zur-us-wahl-stresstest-fuer-soziale-100.html (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021); zur Rolle der Medien bei der Erstürmung des Capitols s. *Klein*, „Nach Sturm auf US-Kapitol, Die Rolle der Medien bei den Ausschreitungen“, abrufbar unter https://www.deutschlandfunk.de/nach-sturm-auf-us-kapitol-die-rolle-der-medien-bei-den-100.html#a3 (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021); Überblicksartig zu Desin-

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

news“[5] bekannt.[6] Schon früher wurden die Gefahren, aber auch Chancen für die Meinungsbildung über Internet-Intermediäre eingehend diskutiert.[7] Schwerpunkte in der rechtswissenschaftlichen Diskussion liegen So können neben der Behandlung von „fake news“ auch im Umgang mit Filterblasen[8] bzw. Echo-Kammern („echo chambers“)[9]. Dabei wird der einzelne Nutzer nur noch mit solchen Inhalten konfrontiert, die zuvor (algorithmenbasiert) auf Grundlage von Daten über das bisherige Nutzungsverhalten selektiert wurden, um den individuellen Präferenzen des Einzelnen zu entsprechen. Die Gefahr für einen offenen und ungehinderten Meinungsaustausch wird insoweit vor allem in Zusammenhang mit der enormen Relevanz von sozialen Plattformen als Informationsquelle in der Informationsgesellschaft deutlich. Gegenwärtig stehen insbesondere Proteste gegen Corona-Maßnahmen, die sich etwa über Telegramkanäle organisieren, in der deutschen medialen Öffentlichkeit.[10] Aus grenzüberschreitender Perspektive ist außerdem ein Verfahren in den USA von Interesse, das eine Schadensersatzforderung der muslimischen Minderheit der Rohingya in Myanmar gegen Facebook sowie dessen Mutterkonzern Meta zum Gegenstand hat. Dabei wird die Rolle des sozialen Netzwerks bei der Verfolgung der Minderheit durch das staatliche Militärregime ab

---

formationskampagnen auf Social Media im Bundestagswahlkampf 2021 s. den Überblick bei Bundeszentrale für politische Bildung, „Desinformation und Bundestagswahl 2021“, abrufbar unter https://www.bpb.de/gesellschaft/digitales/digitale-desinformation/338916/desinformation-und-bundestagswahl-2021 (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021).

5 Zum Begriff s. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, „Fake News Definition und Rechtslage“, Az. WD 10 – 3000 – 003/17; *Holznagel*, MMR 2018, 18; Zu historischen Beispielen der Verwendung von „fake news“ s. *Pfeifer*, CR 2017, 809, 809.

6 S. dazu die Angaben zu fake news bei https://euvsdisinfo.eu/.

7 S. dazu *Spindler*, Gutachten F zum 69. Deutschen Juristentag, „Persönlichkeitsschutz im Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung“, 2012, S. 10 ff.

8 *Pariser*, „The Filter Bubble“, 2011; ausf. zu Implikationen für die Meinungsvielfalt s. *Schillmöller*, Inter 2020, 150.

9 *Stegmann/Stark/Magin*, „Echo Chambers“, 2021, S. 1 ff.; *Stark/Stegmann*, „Are Algorithms a Threat to Democracy?“, 2020, S. 14, die derzeit allerdings von einem überschätzten Phänomen ausgehen (vgl. S. 25 f.); *Magin/Geiß/Jürgens/Stark*, „Schweigespirale oder Echokammer?“, in: Weber/Mangold/Hofer/Koch, Meinungsbildung in der Netzöffentlichkeit, 2019, S. 93 ff.

10 *MDR Aktuell*, „Wie Michael Kretschmer bei Telegram beleidigt und bedroht wird“, abrufbar unter https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/angriffe-sachsen-ministerpraesident-kretschmer-telegram-100.html (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dem Jahr 2017 zu beurteilen sein.[11] Die Mittel der Desinformation reichen dabei von Verzerrungen und dem lediglich ausschnittsweisen Zeigen von Bildern, Videos oder anderen Nachrichten, was schließlich zu Mobbing in Form von „hate speech“[12] oder gar Mord-Aufrufen[13] führen kann.
Ein besonders großes Ausmaß nehmen derzeit Desinformationen ein, die in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie stehen. In Reaktion hierauf haben sowohl die Europäische Kommission[14] als auch die Bundesregierung[15] umfangreiche Informations- und Factchecking-Portale eingerichtet.

C. Verstärkung durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz

Zum Zwecke einer personalisierten Nutzung der Plattformen sowie vor dem Hintergrund der enormen Datenmengen müssen die vorhandenen Inhalte gefiltert, sortiert und schließlich personalisiert zur Verfügung gestellt werden.[16] Damit wird auch der Wandel von dem „Medienfilter“ der klassischen Massenmedien hin zum „Filtermedium“ in Form der neuen Medien weiter zementiert.[17] Diese Prozesse laufen bereits seit Längerem weitestgehend Algorithmen basiert ab, um ein ansonsten personal- und

---

11 *Kreye*, „Warum die Rohingya Facebook verklagen“, abrufbar unter https://www.sueddeutsche.de/politik/rohingya-facebook-meta-klage-1.5482494 (zuletzt abgerufen am 10. Dezember 2021).

12 So etwa im Fall Renate Künast, vgl. MMR-Aktuell 2019, 421364; *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71.

13 *MDR Aktuell*, „Wie Michael Kretschmer bei Telegram beleidigt und bedroht wird“, abrufbar unter https://www.mdr.de/nachrichten/deutschland/politik/angriffe-sachsen-ministerpraesident-kretschmer-telegram-100.html (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021); *Locke*, „Ermittlungen nach Mordplänen gegen Kretschmer, abrufbar unter https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/ermittlungen-nach-mordplaenen-gegen-michael-kretschmer-17673774.html (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021).

14 Abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/fighting-disinformation_de (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021).

15 Abrufbar unter https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/corona-informationen-impfung/mythen-impfstoff-1831898 (zuletzt abgerufen am 09. Dezember 2021).

16 *BBC News*, „Rohingya sue Facebook for $150bn over Myanmar hate speech”, abrufbar unter https://www.bbc.com/news/world-asia-59558090 (zuletzt abgerufen am 10. Dezember 2021).

17 *Kersten*, „Schwarmdemokratie“, 2017, S. 127 ff.; *Ingold*, „Governance of Algorithms, Kommunikationskontrolle durch “Content Curation” in sozialen Netzwerken“, in: Unger/von Ungern-Sternberg, Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 183, 189.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

kostenintensives redaktionelles Kuratieren[18] zu vermeiden. Mit dem Einsatz künstlicher Intelligenz etwa in Form von Deep Learning wurden die dabei entstehenden Effekte der Content-Selektierung und -Priorisierung noch weiter intensiviert: So ist etwa die Anzahl der variablen Kriterien, die der Facebook Algorithmus für die persönliche Relevanzentscheidungen eines Inhalts auf der Plattform heranzieht, von ursprünglich 3 Kriterien auf ca. 100.000 im Jahr 2013 angestiegen.[19] Durch künstliche Intelligenz lassen sich somit noch präzisere Nutzerprofile herstellen, die die Anpassung der angebotenen (meinungsbildenden) Inhalte an die (vermeintlichen) persönlichen Präferenzen der Nutzer erlauben.[20] Der Intermediär nimmt dabei bewusst Einfluss auf die Nutzer, indem deren Verhalten ausgewertet wird und die gewonnenen Erkenntnisse sowohl im Rahmen der Anzeige von Werbung als auch der empfohlenen Inhalte Berücksichtigung finden („Recommender Systeme").[21] Aufgrund der Fähigkeit von künstlicher Intelligenz, auch sich veränderndes Verhalten von Nutzern zu „lernen" und dann Inhalte entsprechend anzupassen, hat gerade der Einsatz von künstlicher Intelligenz ein hohes Manipulationspotential[22] - was nicht zuletzt auch in Zusammenhang mit der monopolartigen Stellung der geringen Anzahl an wirkmächtigen Intermediären in der Welt der neuen Medien und der mangelnden Transparenz hinsichtlich der verwendeten Algorithmen steht.[23]

---

18 Ausführlich dazu *Ingold*, „Governance of Algorithms, Kommunikationskontrolle durch "Content Curation" in sozialen Netzwerken", in: Unger/von Ungern-Sternberg, Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 183 ff.

19 *McGee*, "EdgeRank is Dead: Facebook's News Feed Algorithm Now Has Close To 100K Weight Factors", 2013, abrufbar unter http://marketingland.com/edgerank-is-dead-facebooks-news-feed-algorithm-now-has-close-to-100k-weight-factors-55908 (zuletzt abgerufen am 10. Dezember 2021); die genaue Gewichtung der einzelnen Kriterien ist indessen unbekannt.

20 Ausführlich dazu *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1, 10 ff.

21 *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1, 10 ff.; *Ingold*, „Governance of Algorithms, Kommunikationskontrolle durch "Content Curation" in sozialen Netzwerken", in: Unger/von Ungern-Sternberg, Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 183, 188 ff.; *Kaiser/Reiling*, „Meinungsfilter durch soziale Medien – und das demokratische Ideal der Meinungsvielfalt?", in: Unger/von Ungern-Sternberg, Demokratie und künstliche Intelligenz, 2019, S. 85 ff.; *Drexl*, ZUM 2017, 529, 533; *Eifert*, NJW 2017, 1450, 1451; *Gillespie*, „Custodians of the Internet", 2018, S. 24 ff.

22 *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498, 499; *Drexel*, ZUM 2017, 529, 536; zu vergleichbaren Gefahren bei Suchmaschinenanbietern s. *Kreile*, ZUM 2017, 268, 274; *Dörr/Natt*, ZUM 2014, 829, 835 f.

23 *Schillmöller*, Inter 2020, 150, 151; *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498, 499 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

III. Verantwortung der Informations-Intermediäre

A. Unterschiede gegenüber herkömmlichen Informations-Intermediären und Konvergenztendenzen

Die Unterschiede zu den herkömmlichen Informationsintermediären, insbesondere TV und Rundfunk einerseits und der Presse andererseits sind ebenfalls seit zwei Jahrzehnten bekannt. So gilt nach wie vor als Rundfunk nach § 2 Abs. 1 S. 1 MStV nur das sequentiell wahrnehmbare Programm one-to-many, nicht aber der individuell „on demand“ verfügbare Inhalt,[24] wie er prägend für fast alle Internet-Inhalteanbieter ist. Demgegenüber wird die Presse traditionell durch ihren Informationsträger – das gedruckte Papier – unterschieden, selbst die elektronische Presse unterfällt nicht den Länder-Pressegesetzen.[25] Diese Unterscheidung gegenüber Informations-Intermediären, die sich durch on-demand-Abrufe und nicht-sequentielle Programmdarbietungen unterscheiden, hat mannigfaltige Konsequenzen in rechtlicher Hinsicht, da die Länder aufgrund von Art. 30, 70 GG die Kompetenzen im Bereich der Medienregulierung haben. So bestimmt auch § 1 Abs. 3, 4 TMG, dass der Bereich der Presse wie des Rundfunks von der Anwendbarkeit des TMG zugunsten des (Länder-) MStV oder der Pressegesetze ausgenommen ist.[26]

Gleichzeitig kommt es aber auch zu immer größeren Konvergenzen[27] zwischen den verschiedenen Medien: So lässt sich die elektronische Presse häufig nicht mehr von der gedruckten Presse unterscheiden, sondern weist zusätzliche Informationsmöglichkeiten auf. Ebenso werden durchgängig

---

24 So werden etwa Mediatheken als „rundfunkähnliche Telemedien“ iSd § 2 Abs. 2 Nr. 13 MStV behandelt, womit die Regelungen der §§ 17-25, 74-77 MStV Anwendung finden, s. BeckOK InfoMedienR/*Martini*, 34. Ed. 1.2.2021, MStV § 2 Rn. 100.

25 Spindler/Schmitz/*Spindler*, 2. Aufl. 2018, TMG § 1 Rn. 65 ff.; zur Unterscheidung von hybriden Diensten auf europäischer Ebene s. EuGH Urt. v. 21.10.2015 – C-347/14 Rn. 25 ff. = GRUR 2016, 101, 103 – *New Media Online* m. Anm. v. *Spindler*, JZ 2016, 147; Hoeren/Sieber/Holznagel/*Holznagel/Hartmann*, Handbuch Multimedia-Recht, 56. EL Mai 2021, Teil 3 Rn. 38; *Jäger*, ZUM 2019, 477, 478.

26 BeckOK InfoMedienR/*Martini*, 34. Ed. 1.2.2021, TMG § 1 Rn. 13 ff.; Spindler/Schmitz/*Spindler*, 2. Aufl. 2018, TMG § 1 Rn. 65 ff. mwN.

27 S. dazu bereits *Kluth/Schulz*, „Konvergenz und regulatorische Folgen, Gutachten im Auftrag der Rundfunkkommission der Länder“, 2014, Arbeitspapiere des Hans-Bredow-Instituts Nr. 30, abrufbar unter https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/Publikationen/cms/media/d74b139d80000c12483526a23a55bf89f9d971c6.pdf (zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

TV-Sendungen inzwischen über das Internet per Live-Streaming oder auch zeitversetzt als Near-Video-on-Demand angeboten; auch über längere Zeiträume hinweg lassen sich Sendungen über Mediatheken nachverfolgen. Damit verliert die frühere scheinbar trennscharfe Unterscheidung viel an ihrem Gewicht[28] und führt zu Verwerfungen zwischen den einzelnen Regelungsmaterien, die nur bedingt durch den neuen MStV aufgefangen werden können. Der Anwendungsbereich des MStV erstreckt sich gem. § 1 Abs. 1 MStV neben dem Rundfunk nunmehr auch auf Telemedien, sodass zumindest im Ausgangspunkt versucht wird, der sich wandelnden Medienlandschaft Rechnung zu tragen.[29] Unter dem Begriff des Telemediums wird schließlich in § 1 Abs. 8, § 2 Abs. 2 Nr. 14-16 MStV weiterführend zwischen Medienplattformen, Benutzeroberflächen und Medienintermediären differenziert, um auch insoweit den bestehenden Facettenreichtum rechtlich abzubilden. Gleichwohl werden insbesondere die damit einhergehenden zusätzlichen Anforderungen – etwa an die Transparenz und Diskriminierungsfreiheit – an die einzelnen Telemedien als nicht ausreichend oder zu unpräzise kritisiert.[30]

B. Verantwortlichkeit der Informations-Intermediäre: Die (bisherige) Rolle der Haftungsfreistellungen nach Art. 12 ff. E-Commerce-RL

Der geschilderten herausragenden Rolle der Informations-Intermediäre im Rahmen der Meinungsbildung und der demokratischen Prozesse entspricht bislang aber nicht eine gesteigerte Verantwortlichkeit der Intermediäre.[31] Vielmehr profitieren sie generell von den in Art. 12 ff. E-Commerce-RL bzw. §§ 7 ff. TMG festgeschriebenen Verantwortlichkeitsprivilegierungen, insbesondere beim für Plattformen anwendbaren Host-Providing nach § 10 TMG bzw. Art. 14 E-Commerce-RL, wonach der Betreiber eines Hosting-Dienstes nur dann für rechtswidrige Aktivitäten und Inhalte ver-

28 *Wagner*, GRUR 2020, 329, 331 ff., der die Rollen der „neuen Intermediäre" am Beispiel von Suchmaschinen, sozialen Netzwerken und YouTube herausarbeitet.

29 *Flamme*, MMR 2021, 770, 771.

30 So etwa in Bezug auf Medienintermediäre: BeckOK InfoMedienR/*Zimmer/Liebermann*, 34. Ed. 1.2.2021, TMG § 94 Rn 42 ff., 67 ff.; *Schwartmann/Hermann/Mühlenbeck*, „Tranzparenz bei Medienintermediären", 2020, S. 155 f., abrufbar unter https://www.ma-hsh.de/infothek/publikationen/ma-hsh-gutachten-transparenz-bei-medienintermediaren.html (zuletzt abgerufen am 13. Dezember 2021); *Kühling*, ZUM 2021, 461, 470; *Siara*, MMR 2020, 523, 526.

31 *Wagner*, GRUR 2020, 329, 333.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

antwortlich ist, wenn er von diesen bzw. bei zivilrechtlichen Schadensersatzansprüchen von offensichtlichen Umständen, die darauf hinweisen, Kenntnisse hatte, Art. 14 S. 1 Nr. 1, 2 E-Commerce-RL. Nach der Rechtsprechung des EuGH kommen zwar aktive Host-Provider, also solche, die denjenigen, der Nachrichten sowie Inhalte speichert, in seinen Aktivitäten unterstützen, nicht in den Genuss der Haftungsprivilegierungen.[32] Jedoch hat der EuGH jüngst für die Plattform YouTube entschieden, dass selbst das Einblenden von personalisierter Werbung sowie die Aufbereitung von Suchergebnissen anhand der persönlichen Präferenzen des Nutzers nicht zur Annahme einer aktiven Rolle des Plattformbetreibers führen.[33] Insoweit stellte das Gericht auch auf das Vorhandensein technischer Vorkehrungen zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen (Benachrichtigungsverfahren, Meldebutton und Content ID-Verfahren) und auf entsprechende Verbote in den allgemeinen Nutzungsbedingungen bzw. den Community-Richtlinien ab.[34] Damit bleibt es in aller Regel bei der Anwendung der Haftungsprivilegierungen - gerade für Informations-Intermediäre wie YouTube, auch wenn die Entscheidung des EuGH in einem urheberrechtlichen Kontext erging.

Relativiert wird die Haftungsprivilegierung aber durch die Haftung der Informations-Intermediäre auf Unterlassung und Sperrung von rechtswidrigen Inhalten.[35] Denn Art. 14 Abs. 3 E-Commerce-RL sieht vor, dass die Möglichkeit von „injunctions“ gegenüber Host-Providern aufgrund mitgliedstaatlicher Normen unberührt bleibt, womit die gesamte Störerhaftung nach deutschem Recht weiterhin auf Informations-Intermediäre Anwendung findet. Auch der EuGH hat dies unlängst in der Glawischnig-Piesczek-Entscheidung bekräftigt, in der es das Gericht (allerdings nach österreichischem Recht) als mit Art. 14 E-Commerce-RL vereinbar ansah, dass eine verleumdete Politikerin weltweite Unterlassung und Sperrung solcher Posts gegenüber Facebook verlangte.[36] Ausschlaggebend sind daher nach wie vor das Ausmaß an zumutbaren Kontroll- und Prüfpflichten der Host-

32 Grundlegend EuGH Urt. v. 12.7.2011 – C-324/09 = GRUR 2011, 1025 – *L`Oreal SA ua*; Spindler/Schmitz/*Spindler*, 2. Aufl. 2018, TMG § 1 Rn. 8 ff., 18 ff.; BeckOK InfoMedienR/*Paal/Hennemann*, 34. Ed. 1.2.2021, TMG § 10 Rn. 3, 22 ff.; *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327, 332.

33 EuGH Urt. v. 22.6.2021 – C-682/18, C-683/18 Rn. 84 f., 95 f. = NJW 2021, 2571, 2575, 2576 – *YouTube und Cyando*; dazu *Spindler*, NJW 2021, 2554.

34 EuGH Urt. v. 22.6.2021 – C-682/18, C-683/18 Rn. 93 f. = NJW 2021, 2571, 2576 – *YouTube und Cyando.*

35 *Wagner,* GRUR 2020, 329, 333.

36 EuGH Urt. v. 3.10.2019 – C-18/18, MMR 2019, 798 – *Glawischnig-Piesczek*; dazu *Spindler*, NJW 2019, 3274.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Provider, wobei die (deutsche) Rechtsprechung hier weitere Details entwickelt hat, auf die noch zurückzukommen sein wird.[37]

IV. Möglichkeiten und bestehende Ansätze der Regulierung

Wie bereits skizziert, zeichnen sich die rechtlichen Regulierungsansätze durch eine „Dichotomie" von zivil- und öffentlichen Regulierungsansätzen aus, die einerseits den Ansatz aus einer Mikroperspektive (zivilrechtliche Ansprüche), andererseits aus einer Makroperspektive (öffentlich-rechtliche Regulierung) verfolgen. In diesem Gefüge sind zudem die europäischen Ansätze bzw. Vorschläge zu verorten, allen voran der Vorschlag eines „Digital Services Acts".

A. Zivil- und öffentlich-rechtliche Regulierungsansätze

1. Zivilrechtliche Ansatzpunkte

Aus zivilrechtlicher Perspektive kommen im Hinblick auf die Verantwortlichkeit der Informations-Intermediäre vor allem die vertragsrechtlichen Ansprüche auf Zulassung von Inhalten sowie die kommunikations(delikts)rechtlichen Ansprüche der §§ 823, 824 BGB in Betracht,[38] daneben die Ansprüche aus den landespresserechtlichen Regelungen. Der MStV enthält dagegen nur öffentlich-rechtliche Normen und Regulierungen mit Sanktionsmöglichkeiten in § 109 MStV bzw. Bußgeldern nach § 115 MStV.[39]

a) Vertragsrecht und Grundrechtsbindung

Gerade im Hinblick auf die Bekämpfung von „hate speech" und „fake news" stehen zunehmend die Auseinandersetzungen von Nutzern sozialer Netzwerke gegenüber den Informations-Intermediären im Fokus gerichtlicher Entscheidungen, da die Intermediäre sich auf ihre „community stan-

37 IV.A.1.a).
38 Hierzu eingehend *Oster*, „Kommunikationsdeliktsrecht: Eine transnationale Untersuchung am Beispiel des Ehrschutzes", 2016.
39 *Ory*, ZUM 2021, 472, 475.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

dards“ berufen, die ihnen einen über das gesetzliche Maß hinausgehenden Spielraum einräumen, Inhalte, die gegen die Standards verstoßen, zu sperren oder zu löschen.[40] Der III. Zivilsenat hielt auch für marktbeherrschende soziale Netzwerke wie Facebook die Vereinbarung solcher Standards im Rahmen der AGB für zulässig, knüpft dies allerdings an prozedurale Absicherungen für die Rechte der Nutzer. Derartige community standards sind demnach nur zulässig, wenn sie eine Art Rechtsbehelfsverfahren für die Nutzer im Sinne des rechtlichen Gehörs vor einer Sperrung oder Löschung vorsehen, indem dem Nutzer Gelegenheit gegeben werden muss, Stellung zu den Vorwürfen gegen ihn zu nehmen.[41] Zwar hält der BGH Facebook als marktmächtiges Unternehmen nicht für unmittelbar an die Grundrechte gebunden, da „(d)ie Marktmacht der Beklagten […] nicht gleichzusetzen (sei) mit der Monopolstellung staatlicher Unternehmen auf dem Gebiet der öffentlichen Daseinsvorsorge wie etwa früher der Post (...)“. Insbesondere übernehme Facebook „...nicht die - vom Bundesverfassungsgericht […] als Voraussetzung für eine staatsgleiche Grundrechtsbindung genannte - Bereitstellung der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation wie etwa die Sicherstellung der Telekommunikationsdienstleistungen“.[42] Dennoch verlangt das Gericht aufgrund der Eröffnung

---

40 Näher dazu *Spindler*, CR 2019, 238; *Holznagel*, CRi 2020, 103; *ders.*, CR 2019, 518; *Lüdemann*, MMR 2019, 279; *McColgan*, RDi 2021, 605; *Friehe*, NJW 2020, 1697, 1699; *König*, AcP 219 (2019), 611; *Beurskens*, NJW 2018, 3418; *Ring*, MDR 2018, 1469; *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 75; *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981; Hoeren/Sieber/Holznagel/*Redeker*, Handbuch Multimedia-Recht, 56. EL. Mai 2021, Teil 12 Rn. 76 ff.; BeckOK IT-Recht/*Munz*, 4. Ed. 1.10.2021, BGB § 307 Rn. 211 ff.; abl. ggü. eigener Grenzen der Plattformbetreiber *Labusga/Elsaß/Tichy*, CR 2017, 234; *Müller-Riemenschneider/Specht*, MMR 2018, 545, 547.

41 BGH Urt. v. 29.07.2021 – III ZR 179/20 Rn. 84 = ZUM 2021, 953, 964; in Bezug auf Suchmaschinenanbieter s. BGH Urt. v. 27.02.2018 – VI ZR 489/16 Rn. 32 = NJW 2018, 2324, 2327; BGH Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15 Rn. 24 = GRUR 2016, 855, 857 unter Verweis auf BGH Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10 Rn. 25 ff. = GRUR 2012, 311, 313 – *Blog-Eintrag*; *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981, 991 sehen die Relevanz entsprechender Klauseln auch vor dem Hintergrund des in § 3b NetzDG vorgesehenen weitreichenden Gegendarstellungsverfahrens weiterhin als gegeben.

42 BGH Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20 Rn. 59 = ZUM 2021, 953, 961; s. dazu auch BVerfG Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 – *Recht auf Vergessen I*; BVerfG Urt. v. 22.2.2011 – 1 BvR 699/06 Rn. 59 = NJW 2011, 1201, 1203 f.– *Versammlungsfreiheit im Flughafen*; BVerfG Beschl. v. 18.7.2015 – 1 BvQ 25/15 = NJW 2015, 2485 – *Bierdosen-Flashmob;* OLG Braunschweig, Urt. v. 5.2.2021 – 1 U 9/20, Rn. 143 ff. = ZUM-RD 2021, 398, 411; OLG Düsseldorf, Urt. v. 4.12.2020 – 7 U 131/19, Rn. 28 ff. = GRUR-RS 2020, 41440; OLG Brandenburg, Urt. v. 30.11.2020 – 1 U 37/19, Rn. 12 f. = GRUR-RS 2020, 35273; OLG Hamm, Beschl. v. 15.9.2020

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

öffentlicher Kommunikationsräume im Rahmen einer Abwägung der sich gegenüberstehenden Grundrechte der Betreiber des Netzwerkes einerseits und der Nutzer andererseits,[43] dass dem Nutzer, dessen Inhalt geblockt oder gelöscht werden sollen, Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben wird, und dass der Netzwerkbetreiber verpflichtet ist, die zugrundeliegenden Tatsachen zu überprüfen und den Sachverhalt aufzuklären.[44]

Damit adressiert die zivilrechtliche Rechtsprechung bereits auf der vertragsrechtlichen Ebene das grundlegende Trilemma, in dem sich Informations-Intermediäre befinden, indem sie sich im Dreieck zwischen gegenläufigen Interessen und Grundrechten von Inhalteanbietern und betroffenen Nutzern und ihrer eigenen Stellung befinden.[45] Mit der Einbindung von community standards und der entsprechenden Entscheidungsbefugnis sehen sich die Informations-intermediäre unversehens in der Rolle eines „privaten" Richters – ohne selbst über entsprechende verfahrensrechtliche Absicherungen per se zur verfügen.

Umgekehrt werden offenbar von den größeren Informations-Intermediären inzwischen automatisierte Verfahren eingesetzt, um unerwünschte Inhalte herauszufiltern[46] – ähnlich den aus der urheberrechtlichen Diskus-

---

– 29 U 6/20, GRUR-RS 2020, 25382; OLG Schleswig, Urt. v. 26.2.2020 – 9 U 125/19, Rn. 56 ff. = GRUR-RS 2020, 8539; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 28.2.2019 – 6 W 81/18, Rn. 24 ff. = MMR 2020, 52, 53; OLG Stuttgart, Beschl. v. 6.9.2018 – 4 W 63/18, Rn. 29 f. = MMR 2019, 110, 111 f.; OLG Dresden, Beschl. v. 8.8.2018 – 4 W 577/18, Rn. 17 ff. = NJW 2018, 3111, 3113 f.; Hoeren/Sieber/Holznagel/*Redeker*, Handbuch Multimedia-Recht, 56. EL. Mai 2021, Teil 12 Rn. 76 ff.; BeckOK InfoMedienR/*Knoke/Krüger*, 34. Edn. 1.2.2021, NetzDG § 3 Rn. 25, 30, 32; *König*, AcP 2019, 611, 635 ff.; *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 75; *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 280 ff.; *Ring*, MDR 2018, 1469, 1474; *Spiegel/Heymann*, K&R 2020, 344, 348 f.; *Spindler*, CR 2019, 238, 242 ff.

43 BGH Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20 Rn. 60 ff. = ZUM 2021, 953, 961.

44 BGH Urt. v. 29.7.2021 – III ZR 179/20 Rn. 83 ff. = ZUM 2021, 953, 964; s. auch *Raue*, JZ 2018, 969.

45 In diese Richtung auch *Holznagel*, CR 2021, 733, 736, der insbesondere mit Blick auf Art. 18 DSA-E vor einer Fehlentwicklung durch zu weitreichende Nutzerrechte warnt; *ders.*, „The Digital Services Act wants you to ´sue´ Facebook over content descisions in private de facto courts", 2021, abrufbar unter https://verfassungsblog.de/dsa-art-18/ (zuletzt abgerufen am 16. Dezember 2021); *Wimmers*, „The Out-of-court dispute settlement mechanism in the Digital Services Act - A disservice to its own goals", abrufbar unter https://www.jipitec.eu/online-first-articles-1/5357 (zuletzt abgerufen am 16. Dezember 2021).

46 Dazu *Cornils*, NJW 2021, 2465, 2467.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sion bekannten „Upload“-Filtern, wie sie zumindest implizit in Art. 17 Abs 4 b) DSM-RL vorgesehen sind.[47]

b) Persönlichkeitsrechtliche Ansprüche

Quasi die andere Seite der Medaille der vertragsrechtlichen Ansprüche von Nutzern, die die Wiedergabe ihrer Inhalte vertragsrechtlich erzwingen wollen, sind die persönlichkeitsrechtlichen Ansprüche von Betroffenen – einschließlich der Rechtsstreitigkeiten um Bewertungsportale:

Ähnlich der hinsichtlich vertragsrechtlicher Ansprüche vorgestellten Entscheidung des III. Zivilsenats des BGH hat dessen VI. Zivilsenat[48] bereits einige Zeit früher in einem die Persönlichkeitsrechte betreffendem Urteil ein ähnliches Verfahren eingefordert: Im entschiedenen Fall ging es um falsche bzw. ehrverletzende Äußerungen im Rahmen eines Blogs, der bei einem Informations-Intermediär gehostet wurde. Der Betroffene begehrte von dem Intermediär die Unterlassung bzw. die Sperrung der ehrverletzenden Inhalte. Der VI. Zivilsenat hielt den Intermediär für verpflichtet, im Rahmen der Störerhaftung demjenigen, der den inkriminierten Inhalt hochgeladen hatte, zur Stellungnahme aufzufordern; käme er dieser Aufforderung nicht nach, müsse der Inhalt geblockt werden, andernfalls würde seine Stellungnahme dem Beschwerdeführer wiederum zur Äußerung übermittelt werden. Sollte dieser sich seinerseits nicht dazu äußern, müsse der Intermediär die Inhalte weiterhin speichern bzw. bereithalten.[49]

Diese Rechtsprechung wird flankiert durch Entscheidungen zu Bewertungsportalen, in denen der BGH deren Betreiber grundsätzlich ebenfalls dazu verpflichtete, die einer Bewertung zugrundeliegenden Tatsachen

47 Eingehend zur Diskussion um die Upload-Filter *Jäger*, ZUM 2021, 903; *Klaas*, ZRP 2021, 74; *Geiger/Jütte*, GRUR Int. 2021, 517, 534 ff.; *Barudi*, „Das neue Urheberrecht“, 1. Aufl. 2021, § 1 Rn. 90 ff.; *Müller-Terpitz*, ZUM 2020, 365; s. auch *Spindler*, WRP 2021, 1111; *ders.* GRUR 2020, 253; *Frey/Rudolph*, MMR 2021, 671, 673.

48 BGH Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10 = GRUR 2012, 311 – *Blog-Eintrag*; s. zum grundrechtlichen Hintergrund ausf. Hornung/Müller-Terpitz/*Müller-Terpitz*, Rechtshandbuch Social Media, 2. Aufl. 2021, S. 255 ff.

49 BGH Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10 = GRUR 2012, 311 – *Blog-Eintrag*; *Rühl*, LMK 2012, 338417; *Gaugenrieder*, EWiR 2012, 241.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

nach Beschwerdeeingang zu eruieren und zu überprüfen.[50] Demnach setzt die Abwägung der widerstreitenden (grundrechtlichen) Interessen die aktive Sachverhaltserforschung durch den Provider voraus. Nach der Beschwerde durch den Betroffenen hat der Intermediär zu diesem Zweck dem für den Inhalt verantwortlichen Nutzer Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Im Anschluss soll dem Betroffenen die Möglichkeit einer Erwiderung auf die Stellungnahme gegeben werden. Schließlich hat der Intermediär über unklare Sachverhalte quasi „Beweis" zu erheben. Die in diesem Verfahren gewonnenen Erkenntnisse dienen als Grundlage für die Entscheidung über die Löschung oder den Verbleib des Inhalts auf der Plattform.[51] Wie bereits aus den zuvor genannten zivilrechtlichen Ansatzpunkten bzw. Entscheidungen bekannt, trifft auch hier wieder maßgeblich den Intermediär ein Pflichtenkanon, der ihn die Rolle des Vermittlers zwischen dem (potentiell) Geschädigten und dem (potentiellen) Schädiger zuteilt.

2. *Öffentlich-rechtliche Ansätze*

Eher aus der Makroperspektive greifen dagegen die öffentlich-rechtlichen Ansätze zur Erfassung und Regulierung der Verantwortlichkeit der Informations-Intermediäre ein, die Überwachungs- und Risikomanagementpflichten der Betreiber solcher Plattformen festlegen:

a) Nationale Ansätze

Aus nationaler Sicht sind hier vor allem das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) als auch die Regelungen im neuen Medienstaatsvertrag (MStV) von Interesse:

50 BGH Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15 Rn. 23 f. = GRUR 2016, 855, 857 unter Verweis auf BGH Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10 Rn. 25 ff. = GRUR 2012, 311, 313 – *Blog-Eintrag.*

51 Ausf. zu den Prüfpflichten des Intermediärs s. *Schuster,* GRUR 2013, 1201; *Schilling*, GRUR-Prax 2015, 313.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(1) Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)

Der grundsätzliche Ansatz des NetzDG besteht darin, die Plattformbetreiber zur effizienten Behandlung von Beschwerden zu verpflichten, zum einen zur Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems, zum anderen zur Löschung und Sperrung von rechtswidrigen Inhalten innerhalb einer Woche, bei evident rechtswidrigen Inhalten sogar binnen 24 Stunden. Durchgesetzt werden diese Pflichten durch Bußgelder sowie Transparenz- und Publizitätspflichten. Demgegenüber hat bisher ein Anspruch des Betroffenen auf Wiederherstellung seiner Inhalte keine Berücksichtigung gefunden.

(a) Der Anwendungsbereich: Soziale Netzwerke - von der individuellen Kommunikation zur Massenkommunikation

Der Gesetzgeber versucht das Phänomen dadurch in den Griff zu bekommen, dass in § 1 Abs. 1 NetzDG als soziales Netzwerk ein Telemediendienst definiert wird, der dazu bestimmt ist, dass „beliebige Inhalte mit anderen Nutzern“ geteilt oder „der Öffentlichkeit zugänglich“ gemacht werden.[52] Mit § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG sollen Plattformen ausgenommen werden, „die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind“. Damit versucht der Gesetzgeber der Kritik am RegE[53] Rechnung zu tragen, dass der Anwendungsbereich viel zu breit geraten war und selbst Messaging- und Maildienste unter die Definition der Netzwerke fielen.[54] Selbst für Messengerdienste, die der Gesetzgeber ausdrücklich ausnehmen will, ergeben sich allerdings nach wie vor Zweifel:

52 Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 19 unter Verweis auf BGH, 8.7.1993 – I ZR 124/91 = GRUR 1994, 45, 46 – *Verteileranlagen*; BGH, 11.7.1996 – I ZR 22/94 = GRUR 1996, 875, 876 – *Zweibettzimmer im Krankenhaus* und BGH, 22. 4. 2009 – I ZR 216/06 = GRUR 2009, 845, 848 – *Internet-Videorecorder*; vgl. Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 18/13030, S. 19, Begr. RegE BT-Drs. 18/12727, S. 28.

53 Stellungnahme Bitkom vom 30. 3. 2017, S. 5, abrufbar unter https://www.bitkom.org/sites/main/files/file/import/FirstSpirit-1492755732142201704 20-Bitkom-Stellungnahme-zum-Regierungsentwurf-NetzwerkDG.pdf (zuletzt abgerufen am 4. Mai 2022); ähnlich Stellungnahme eco Verband der Internetwirtschaft e. V., 30. 3. 2017, S. 4 abrufbar unter https://www.eco.de/wp-content/uploads/dlm_uploads/2020/05/20200505_eco-stn-zur-anhoerung-im-rechtsausschuss-eines-gesetzes-zur-bekaempfung-des-rechtsextremismus-und-der-hasskriminalitaet.pdf (zuletzt abgerufen am 4. Mai 2022).

54 Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 18/13013, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Warum sollten etwa große WhatsApp-Gruppen nicht dem Begriff der sozialen Netzwerke unterfallen (da Messengerdienst), kleine Twittergruppen bzw. Follower dagegen schon? Die Unterscheidung zwischen Individual- und Massenkommunikation ist gerade im Zeitalter des Internet schon immer fragwürdig gewesen.[55] Dies wird derzeit auch am Verfahren des Bundesamtes für Justiz gegen den Messengerdienst „Telegram" deutlich, auf dem sich zahlreiche Kanäle von zigtausenden „Followern" finden.[56]

Nach Auffassung des Gesetzgebers sollen in diesem Rahmen ferner berufliche Netzwerke wie XING oder LinkedIn nicht unter den Begriff des sozialen Netzwerks fallen, da sie nur darauf angelegt seien, spezifische Inhalte zu verbreiten.[57] Auch Online-Spiele, Fachportale oder Verkaufsplattformen sollen unter diese Ausnahme fallen.[58] Offen bleibt, was „spezifische" Inhalte sind.

Das Gesetz lässt sich nur durch eine restriktive Interpretation dergestalt retten, dass ausschließlich Plattformen mit überwiegend meinungsbildenden Inhalten gemeint sind, worauf auch die Mehrzahl der genannten Delikte hinweist – was seinerseits allerdings immer noch breit gefasst ist. Welche Form der Inhalt hat, spielt dabei keine Rolle, ob Video, Musik oder Text.[59]

Ferner beschränkt das Gesetz den Begriff auf Betreiber von Plattformen mit Gewinnerzielungsabsicht; rein private Kommunikationsplattformen oder non-profit Plattformen sind damit ausgeschlossen. Versteht man in den einschlägigen Lizenzen wie creative commons den Begriff „non-commercial" in der gleichen Weise, sind Plattformen wie Wikipedia vom NetzDG ausgenommen.[60] Allerdings herrscht hier nach wie vor große

55 Näher dazu Spindler/Schmitz/*Spindler*, 2. Aufl. 2018, TMG § 1 Rn. 44 f.; ebenfalls krit. etwa: *Roßnagel*, NVwZ 2007, 743, 745; *Bizer*, DuD 2007, 40.

56 FAZ, „Bundesamt für Justiz geht gegen Telegram vor", 14.6.2021, abrufbar unter: https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/digitec/telegram-bundesamt-fuer-justiz-geht-gegen-messengerdienst-vor-17388586.html (zuletzt abgerufen am 22. Dezember 2021).

57 Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 18/13013, S. 20.

58 Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 18/13013, S. 20.

59 Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 19.

60 Für eine restriktive Auslegung bei Nutzungsrechteeinräumung: LG Köln Urt. v. 5. 3. 2014 – 28 O 232/13 = MMR 2014, 478, 480 f. m. krit. Anm. *Jaeger/Mantz*: „rein private Nutzung"; unter Anwendung des § 305c Abs. 2 BGB weitergehend: OLG Köln Urt. v. 31. 10. 2014 – 6 U 60/14, K&R 2015, 57 ff. = MMR 2015, 331 Rn. 87: „keinen direkten finanziellen Vorteil"; zu den Grenzfällen und für Einzelfallauslegung plädierend: *Kreutzer*, „Open Content Lizenzen", 2011, S. 44 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Unsicherheit, ob der Begriff in gleicher Weise wie im deutschen Recht zu verstehen ist.[61]

§ 1 Abs. 2 NetzDG schränkt den Anwendungsbereich auf große soziale Netzwerke mit mehr als 2 Mio. im Inland registrierte Nutzer ein. Dabei spielt es nach Auffassung des Gesetzgebers keine Rolle, „in welchem Land der jeweilige Nutzer hauptsächlich aktiv ist“.[62]

Das NetzDG soll nicht für „Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten (gelten), die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden“, § 1 Abs. 1 S. 2 NetzDG. Für diese sollten die Vorschriften der §§ 74 ff. MStV eingreifen.[63] Damit ist wieder die Frage aufgeworfen, was man unter „journalistisch-redaktionell gestaltet“ verstehen kann. Hier wird es auf eine aktive Gestaltung und Einzelauswahl bzw. Zusammenstellung von Beiträgen ankommen; allein die Einrichtung von bestimmten Inhaltskategorien, unter denen dann Blogs oder Beiträge abgelegt werden können, reicht hierfür nicht.[64] Zudem müssen diese Angebote vom Anbieter „selbst verantwortet“ werden – dieser sonst im NetzDG nicht verwandte Begriff ist in derselben Weise wie § 10 S. 2 TMG zu verstehen, der auf die Aufsicht des Telemedienanbieters gegenüber denjenigen, die Inhalte einstellen, abstellt. Eine reine Moderation z. B. genügt hierfür nicht, da Inhalte nicht für den Anbieter bzw. in dessen Auftrag angefertigt werden.

Unklar und wichtig für die Verbreitung von hate speech und fake news ist, ob auch Gästeforen von (online) Zeitungen unter die Ausnahme des § 1 Abs. 3 NetzDG fallen: Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass es sich hier nicht um journalistisch-redaktionelle Angebote des Diensteanbieters handelt, sondern eindeutig um fremde, nicht verantwortete Beiträge. Doch sind diese Gästeforen Teil des gesamten Angebots solcher Plattformen – und die Ausnahme bezieht sich auf die Plattform als solche und nicht auf einzelne Bestandteile der Plattform.

Das NetzDG enthält keinerlei Norm, die die internationale Anwendbarkeit, etwa in Gestalt auf nur im Inland ansässige soziale Netzwerkanbieter,

---

61 Zu den Schwierigkeiten der Auslegung generischer Lizenzversionen etwa: OLG Köln Urt. v. 31. 10. 2014 – 6 U 60/14 = K&R 2015, 57 ff. = MMR 2015, 331 Rn. 74 ff., insbes. 79, 86; *Kreutzer*, „Open Content Lizenzen“, 2011, S. 42 f.; *Jaeger/Mantz*, MMR 2014, 480 f.

62 Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 20.

63 Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 19.

64 Näher dazu Spindler/Schmitz/*Spindler*, 2. Aufl. 2018, TMG § 1 Rn. 66 ff.; ferner Binder/Vesting/*Held*, Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, RStV § 54 Rn. 38 ff.; Spindler/Schuster/*Fricke*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, UrhG § 87f Rn. 6; BeckOK InfoMedienR/*Martini*, 34. Ed. 1.2.2021, MStV § 2 Rn. 19; *Leitgeb*, ZUM 2009, 39, 42; *Weiner/Schmelz*, K&R 2006, 453, 456 f.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

beschränkt. Da das NetzDG nur bei der Mindestzahl von 2 Mio. registrierten Nutzern im Inland anwendbar ist, stellte es offenbar allein auf die Abrufbarkeit oder das Einstellen solcher Inhalte durch Nutzer im Inland ab – vorbehaltlich der internationalen Anwendbarkeit der in § 1 Abs. 3 NetzDG aufgeführten Inhalte. Darüber hinaus stellt § 4 Abs. 3 NetzDG zudem klar, dass eine Bebußung auch dann stattfindet, wenn die Handlung (bzw. Unterlassung) des Betreibers des Netzwerkes nicht im Inland vorgenommen wurde, worunter der Gesetzgeber offenbar den Handlungsort versteht.[65] Das NetzDG findet mithin auf alle Anbieter Anwendung, unabhängig davon ob sie im Inland, in EU-Mitgliedstaaten oder in Drittstaaten niedergelassen sind.

Sofern das NetzDG nunmehr jedoch engere Regelungen vorsieht als das Herkunftsland des Netzwerkanbieters, kollidiert es mit dem in Art. 3 Abs. 1 ECRL normierten Herkunftslandprinzip.[66] Demnach obliegt es zum Zwecke des reibungslosen, elektronischen Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt allein dem Herkunftsland des Netzwerks sicherzustellen, dass dieses den in diesem Mitgliedsstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entspricht.[67]

(b) Rechtswidrige Inhalte

Die Pflichten, die das NetzDG den Betreibern sozialer Netzwerke auferlegt, greifen aber nur bezüglich bestimmter strafrechtlicher Delikte ein, die § 1 Abs. 3 NetzDG abschließend aufzählt. Der Katalog des § 1 Abs. 3 NetzDG bezieht sich im Wesentlichen auf Kommunikationsdelikte, aber auch auf Delikte gegen die öffentliche Ordnung, etwa § 130 StGB,[68] und nunmehr auch auf § 201 a StGB und damit der Verletzung des höchstper-

65 Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 28.

66 Ausführlich dazu *Spindler*, ZUM 2017, 473, 474; deutliche Zweifel auch bei Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Entwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes – Vereinbarkeit mit dem Herkunftslandprinzip, 29. 5. 2017, PE 6 – 3000 – 32/17; wie hier jetzt auch *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433, 434.

67 Zum Zweck des Herkunftslandprinzips vgl. EuGH Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 Rn. 66 = NJW 2012, 137, 141 – *eDate Advertising*.

68 Zum Eintritt eines Erfolgs im Inland (§ 9 Abs. 1 3.Var. StGB) bei Volksverhetzung auf ausländischem Server: BGH Urt. v. 12.12.2000 – 1 StR 184/00 = ZUM-RD 2001, 103, 107 – *Toeben*; nunmehr durch BGH Urt. v. 3.5.2016 – 3 StR 449/15 = NStZ 2017, 146 aufgegeben; ausführlich zur Diskussion *Schwiddessen*, CR 2017, 443, 447 f.; *Handel*, MMR 2017, 227, 228 f.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

sönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen. Dadurch, dass der Gesetzgeber explizit nur auf rechtswidrige Inhalte (einschließlich der besonderen Rechtfertigung nach § 193 StGB) abstellt, kommt es nicht darauf an, ob die Delikte auch schuldhaft begangen worden sind.[69]

Inzwischen sieht § 3a NetzDG auch eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen den sozialen Netzwerkbetreibern und den Strafverfolgungsbehörden in Gestalt einer Meldepflicht über bestimmte schwerwiegende Delikte vor, die eine gefährliche Wirkung auf das demokratische System und die öffentliche Ordnung haben können, nicht aber etwa die Antragsdelikte; denn bislang erlangten Strafverfolgungsbehörden von den wenigsten Taten auf sozialen Netzwerken Kenntnis.[70] Kritisch wird dazu angemerkt, dass die sozialen Netzwerkbetreiber immer mehr sich in der Rolle von Gehilfen der Strafverfolgungsbehörden befinden.[71]

(c) Berichts- und Organisationspflichten, insbesondere Einrichtung eines Beschwerdemanagementsystems

Einer der Kernpunkte des NetzDG besteht in der Pflicht zur Einrichtung eines wirksamen und transparenten Beschwerdemanagementsystems nach § 3 Abs. 1 S. 1 NetzDG und der Veröffentlichung von diesbezüglichen Berichten gem. § 2 NetzDG.

§ 3 Abs. 4 NetzDG erlegt der „Leitung“ des sozialen Netzwerks eine Pflicht zur ordnungsgemäßen Organisation auf, indem monatliche Kontrollen des Beschwerdemanagements durchgeführt und „organisatorische Unzulänglichkeiten“ im Umgang mit Beschwerden sofort beseitigt werden müssen. Zudem muss wiederum die Leitung des sozialen Netzwerks für die mit dem Beschwerdemanagement betrauten Personen mindestens

---

69 Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 20.

70 Begr. RegE BR-Drs. 87/20, S. 1 f.

71 *Höferlein/Widlok*, MMR 2021, 277, 277 f.; Stellungnahme Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten v. 17.1.2020, S. 4, abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_SchrVors_RefE__Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf; jsessionid=00D54FBFD972118F2BBBFA4664A8D568.2_cid297?__blob=publicationFile&v=2 (zuletzt abgerufen am 4. Mai 2022); Stellungnahme Bitkom v. 17.1.2020, S. 7 f., abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2020/Downloads/011720_Stellungnahme_Bitkom_RefE__Belaempfung-Rechtsextremismus-Hasskriminalitaet.pdf; jsessionid=00D54FBFD972118F2BBBFA4664A8D568.2_cid297?__blob=publicationFile&v=3 (zuletzt abgerufen am 4. Mai 2022).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

halbjährlich deutschsprachige Schulungs- und Betreuungsangebote machen.

Schließlich sollten nach Auffassung des nationalen Gesetzgebers die Berichts- und Organisationspflichten durch Audits und Zertifizierungen flankiert werden, deren Voraussetzungen vom BMJV mit den Beteiligten bis 2018 erarbeitet werden sollten – soweit ersichtlich, sind hier noch keine Ergebnisse vorgetragen worden. Demnach sollen entsprechende Zertifizierungen eine positive Vermutungswirkung für die Bewertung des Beschwerdemanagementsystems entfalten.[72]

Nach § 2 Abs. 1 NetzDG muss halbjährlich in deutscher Sprache über den Umgang mit Beschwerden im Bundesanzeiger sowie (kumulativ) auf der eigenen Homepage berichtet werden. Die im Bericht anzusprechenden Aspekte sind in § 2 Abs. 2 NetzDG näher aufgeschlüsselt und entsprechen quasi spiegelbildlich den materiellen Organisationspflichten, enthalten aber auch die Pflicht zur Angabe, wie viele und welche Beschwerden anhängig waren (§ 2 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG). Auch muss der Bericht Angaben über die Löschung oder Sperrung von rechtswidrigen Inhalten innerhalb der jeweiligen Fristen (§ 2 Abs. 2 Nr. 8) sowie einer eventuellen Abgabe an die unabhängige Stelle nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 b NetzDG enthalten, § 2 Abs. 2 Nr. 7 NetzDG. Auch müssen nunmehr nach § 1 Abs. 4 NetzDG Berichte über jede (!) Beanstandung eines Inhalts erstattet werden, um zu verhindern, dass die Plattformbetreiber, Beschwerden gegen Gemeinschaftsrichtlinien nicht mit in den anzufertigenden Bericht aufnehmen.[73]

(d) Pflichten zur Löschung und Sperrungen

Teil des Beschwerdemanagementsystems, aber nicht nur rein organisatorischer Natur sind die von § 3 Abs. 2 Nr. 2, 3 NetzDG vorgesehenen Pflichten zur Löschung und Sperrung der von § 1 Abs. 3 NetzDG in Bezug genommenen Inhalte. Diese Pflichten trennen sich auf in die Pflicht zur Löschung offensichtlich rechtswidriger Inhalte innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde gem. § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG, und anderen rechtswidrigen Inhalten, für die eine Frist von 7 Tagen oder unter bestimmten Bedingungen auch ein längerer, nicht spezifizierter Zeitraum

72 Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 18/13013, S. 18.

73 Begr. FragE BT-Drs. 19/17741, S. 42; *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2021, 518, 521; BeckOK InfoMedienR/*Hoven/Gersdorf*, 34. Ed. 1.5.2021, NetzDG § 1 Rn. 48.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - cc by

gilt. Für die Auslösung der Pflichten ist nach § 3 Abs. 2 Nr. 2, 3 NetzDG nur eine Beschwerde mit konkretem Inhalt geeignet; damit sollen allgemein gehaltene Beschwerden, die den Netzwerkbetreiber nicht in die Lage versetzen, einen konkreten Inhalt zu löschen bzw. zu sperren, aus dem NetzDG ausgenommen werden.[74] Damit erreicht der Gesetzgeber nunmehr einen Gleichklang mit Art. 14 E-Commerce-RL, der ebenfalls nur auf einen konkreten Inhalt bezogen ist;[75] allgemeine Benachrichtigungen eines Providers lösen auch in Art. 14 E-Commerce-RL (bzw. § 10 TMG) keine Pflichten zur Löschung aus.[76]

Die Pflicht zur Löschung offensichtlich rechtswidriger Inhalte ist in mehrfacher Hinsicht problematisch: Denn ist nach wie vor schwer zu beantworten, wann es sich um offensichtlich rechtswidrige Inhalte handelt; wie bekannt, sind gerade Kommunikationsdelikte immer unter Berücksichtigung der Meinungsfreiheit auszulegen und eine praktische Konkordanz der betroffenen Grundrechte herbeizuführen, was nicht selten zu langwierigen Verfahren und völlig unterschiedlichen Entscheidungen der jeweiligen Gerichte führt.[77] Das Gesetz legt letztlich nach wie vor – trotz Nachbesserungen im parlamentarischen Verfahren – das Risiko einer richtigen rechtlichen Beurteilung dem Betreiber des Netzwerkes auf; die Erleichterungen des § 3 Abs. 1 Nr. 3 NetzDG beziehen sich nur auf die nicht-offensichtlich rechtswidrigen Inhalte.

Um Bedenken gegen eine unverhältnismäßige Beeinträchtigung der Meinungsfreiheit, insbesondere des „Overblocking“, Rechnung zu tragen, hat der Gesetzgeber im Rahmen der Novellierung des NetzDG 2021 ein Gegenvorstellungsverfahren eingeführt.[78] Dies folgt grosso modo dem be-

74 Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 18/13013, S. 20.

75 S. zur noch im RegE vorhandenen Diskrepanz zu Art. 14 E-Commerce-RL *Spindler*, ZUM 2017, 473, 481.

76 Wohl allg. M., s. dazu etwa BGH Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 57/09, K&R 2011, 727 ff. = BGHZ 191, 19, Rn. 28 = GRUR 2011, 1038 – *Stiftparfüm*; Spindler/Schmitz/*Spindler*, 2. Aufl. 2018, TMG § 10 Rn. 24; BeckOK InfoMedienR/*Paal*, 34. Ed. 1.11.2021, TMG § 10 Rn. 40.

77 S. etwa die verschiedenen Caroline -Entscheidungen: BGH Urt. v. 6.3.2007 – VI ZR 51/06, BGHZ 171, 275 = ZUM 2007, 651; BVerfG Beschl. v. 26.2.2008 – 1 BvR 1602/07, BVerfGE 120, 180 = ZUM 2008, 420 – *Caroline von Monaco III*; hingegen EGMR Urt. v. 7.2.2012 – 40660/08, 60641/08, K&R 2012, 179 = ZUM 2012, 551 – *Caroline von Hannover II*.

78 Zu kritischen Anmerkungen in der Literatur vgl. etwa *Peukert*, MMR 2018, 572; *Kettmann*, Stellungnahme zum NetzDG, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, 15. Mai 2019, abrufbar unter https://www.hans-bredow-institut.de/uploads/media/default/cms/media/up8o1iq_NetzDG-Stellungnahme-Kettemann190515.pdf (zuletzt abgerufen am 11. Oktober 2021).

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

reits im Bereich der Störerhaftung vom BGH eingeschlagenem Weg bei Blogs, indem der Provider den Blogger nach Eingang einer Beschwerde zur Stellungnahme auffordern muss, umgekehrt der Blogger nach der Stellungnahme seinerseits den Beschwerdeführer zu einer Replik.[79] Allerdings greift dieses Verfahren erst nach der Löschung ein, mithin wird der Inhalt zunächst gelöscht, was den verfassungsrechtlichen Vorgaben des BVerfG[80] kaum entsprechend dürfte, da zum Schutz der Meinungsfreiheit eine vorherige Gelegenheit zur Stellungnahme für erforderlich gehalten wird.[81] Das Gegenvorstellungsverfahren ist nach § 3b Abs. 3 NetzDG nicht auf die Überprüfung von Beschwerden beschränkt, die sich gegen rechtswidrige Inhalte i.S.d. § 1 Abs. 3 NetzDG wenden, sondern soll auch zur Anwendung kommen, wenn mit der Beschwerde die Verletzung von Gemeinschaftsstandards gerügt wird oder im Rahmen einer Content-Moderation eingelegt wurde.[82] Nach der Antragstellung muss der Netzwerkbetreiber der Gegenseite die Möglichkeit zur Stellungnahme binnen einer angemessenen Frist gem. § 3b Abs. 2 Nr. 1 NetzDG geben und den Inhalt dieser Stellungnahme dem Antragsteller übermitteln (§ 3b Abs. 2 Nr. 2 NetzDG). Die daraufhin zu erfolgende Überprüfungsentscheidung durch den Netzwerkanbieter ist schließlich beiden Verfahrensbeteiligten zu übermitteln und bedarf gem. § 3b Abs. 2 Nr. 4 NetzDG einer einzelfallbezogenen Begründung. Die Möglichkeit, den Rechtsweg zu beschreiten, bleibt von diesem plattforminternen Gegenvorstellungsverfahren gem. § 3b Abs. 4 NetzDG unberührt. Dennoch wird der Plattformbetreiber noch stärker in die Rolle eines privaten Richters gedrängt.[83]

Bei Inhalten, die nicht offensichtlich rechtswidrig sind, sieht § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG grundsätzlich eine unverzügliche Löschung bzw. Sperrung

79 BGH Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, K&R 2012, 110 ff. = BGHZ 191, 219 = ZUM-RD 2012, 82 Rn. 27 ff. – *Blog-Eintrag*; zu dem Procedere bei Bewertungsportalen s. BGH Urt. v. 23.9.2014 – VI ZR 358/13, K&R 2014, 802 ff. = BGHZ 202, 242 Rn. 36 = ZUM-RD 2015, 154 – *Ärztebewertung II*; darüber hinaus hat der BGH im Hinblick auf rechtswidrige Inhalte auf Online-Bewertungsportalen einen Auskunftsanspruch des Betroffenen gegen den Portalbetreiber diskutiert, diesen jedoch aufgrund von § 12 Abs. 2 TMG verneint, BGH Urt. v. 1.7.2014 – VI ZR 354/13, BGHZ 201, 380 Rn. 9 ff. = ZUM 2014, 793 – *Ärztebewertung I*; hierzu *Spindler*, in: FS Bamberger 2017, S. 313, 316 ff., 318.

80 BVerfG Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09 = BVerfGE 148, 267, 285 f. – *Stadionverbot*.

81 *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390, 393; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433, 435.

82 Vgl. auch *Cornils*, NJW 2021, 2465, 2468.

83 aA: *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518, 520 f.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

vor, die aber „in der Regel“ innerhalb von 7 Tagen bewerkstelligt werden soll. Das Gesetz sieht aber auch eine Überschreitung der „Regelfrist“ von 7 Tagen in zwei Fällen vor, einmal nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 a) NetzDG wenn die Rechtswidrigkeit von unwahren Tatsachenbehauptungen oder „anderen tatsächlichen Umständen“ abhängt, zum anderen wenn die Beschwerde zur Entscheidung an eine anerkannte Einrichtung der regulierten Selbstregulierung abgegeben wird – was aber nicht für offensichtlich rechtswidrige Inhalte eingreift. Die Notwendigkeit einer komplexen rechtlichen Würdigung vermag daher den Betreiber sozialer Netzwerke nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 a) NetzDG nicht zu entlasten – lediglich tatsächliche Umstände bzw. Zweifel sowie die Stellungnahme des Äußernden sind hier fristverlängernd. Der Gesetzgeber will in diesen Fällen aber kein Bußgeld gegen den Netzwerkbetreiber verhängen, wenn sich dessen Einschätzung ex post als falsch herausstellt.[84]

Der Betreiber des Netzwerkes ist an die Entscheidung der Einrichtung, ob zu löschen ist oder nicht, gebunden. Interessanterweise – und in Parallele zum JMStV und der die KJM bindenden Einschätzungsprärogative der Einrichtungen der freiwilligen Selbstkontrolle (der FSM)[85] – gilt die Bindung aber auch gegenüber der Bußgeldbehörde, der es verwehrt ist, zu einer anderen Einschätzung als die Einrichtung zu kommen.[86] Umgekehrt sieht das NetzDG nicht vor, dass die Einrichtung die Annahme der Beschwerde verweigern kann, z. B. bei evident rechtswidrigen Fällen; in Betracht kommt hier aber auch, dass ein Anbieter eines sozialen Netzwerks nicht seinen finanziellen Pflichten aus der Unterhaltung der Einrichtung nachgekommen ist. Da das NetzDG die Ausgestaltung der Rechtsverhältnisse der Einrichtung den Beteiligten überlässt, muss es auch die Möglichkeit der Einrichtung geben, die Überweisung einer Beschwerde zurückzuweisen.

---

84 Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 18/13013, S. 21.

85 Spindler/Schuster/*Erdemir*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, JMStV § 20 Rn. 26 ff.; ferner *Nell*, „Beurteilungsspielraum zugunsten Privater“, 2010, S. 95, 309 ff.; Bornemann/Erdemir/*Bornemann*, 2. Aufl. 2021, JMStV § 20 Rn. 44; *Hopf/Braml*, MMR 2009, 153, 156 f.; zur Parallelvorschrift im Rundfunk (§ 20 Abs. 3): Ausführlich *Prütting*, K&R 2013, 775, 778; *Cole*, ZUM 2005, 462, 469.

86 Begr. Rechtsausschuss BT-Drs. 18/13013, S. 23 spricht hier ausdrücklich von einer Begrenzung des „Einschätzungsspielraums“ der Bußgeldbehörde. Allerdings bleibt unklar, warum die Bußgeldbehörde einen solchen Spielraum genießen sollte, ist doch ihre Entscheidung gerichtlich in Gänze nachprüfbar.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(e) Verfassungsrechtliche Probleme

Sowohl vor als auch mit der Einführung des NetzDG im Jahr 2017 wurden in der Literatur verbreitet verfassungsrechtliche Bedenken gegen das Gesetz geäußert.[87] Dabei standen sowohl Fragen der formellen als auch der materiellen Verfassungsmäßigkeit zur Debatte:

Im Mittelpunkt der Diskussion um die formelle Verfassungsmäßigkeit steht die fehlende Gesetzgebungskompetenz des Bundes, die nach Art. 70 Abs. 1 GG grundsätzlich bei den Ländern liegt. Der Bund darf hingegen nur tätig werden, soweit ihm nach Art. 73, 71 GG die ausschließliche, bzw. nach Art. 74, 72 GG die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz zugeschrieben ist. Diese ist allerdings aufgrund der auf Inhalte bezogenen Regulierung zweifelhaft. Die Einordnung des Gesetzgebers im Rahmen des Rechts der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG)[88] kann schon aufgrund der außerordentlichen Bedeutung der Grundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG nicht durchgehalten werden.[89] Die Gesetzgebungskompetenz für Regelungen betreffend die Gewährleistung der verfassungsmäßigen Ordnung im Bereich der Telemedien – inklusive der allgemeinen Gesetze – verbleibt damit nach Art. 70 Abs. 1 GG bei den Ländern.[90] Auch der angeführte Jugendschutz aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG vermag nicht zu überzeugen, da die Regelungen des NetzDG weit über den originären Bereich des Jugendschutzes hinausgehen.[91]

Neben den Bedenken bezüglich der Gesetzgebungskompetenz ist weitergehend auch ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz in Betracht zu ziehen. Als spezielle Ausformung des Rechtsstaatsprinzips folgt aus Art. 20 Abs. 3 GG, dass gesetzliche Tatbestände derart präzise formuliert sein müssen, dass der jeweilige Normadressat sein Handeln kalkulieren kann, weil

87 *Papier*, NJW 2017, 3025; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433; *Gersdorf*, MMR 2017, 439; *Liesching*, MMR 2018, 26; *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93; *Spindler*, K&R 2017, 533; *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518; *Nolte*, ZUM 2017, 552; *Heckmann/Wimmers*, CR 2017, 310; *Müller-Franken*, AfP 2018, 1; *Koreng*, GRUR-Prax 2017, 203.

88 Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 13.

89 *Liesching*, MMR 2018, 26; *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 441; *Hain/Ferreau/Brings-Wiesen*, K&R 2017, 433, 434 f.; *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 97; Spindler/Schuster/*Hain*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Erster Teil, C. Verfassungsrecht, Rn. 164.

90 Ebd.

91 Liesching/*Liesching*, 1. Aufl. 2018, NetzDG Einleitung, Rn. 5; Spindler/Schuster/*Hain*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, Erster Teil, C. Verfassungsrecht, Rn. 164; *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 441.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

die Folgen der Regelung für ihn voraussehbar und berechenbar sind.[92] Der Bestimmtheitsgrundsatz wird für den Bereich des Strafrechts, der hier aufgrund der Bußgeldvorschriften in § 4 NetzDG eröffnet ist,[93] schließlich in Art. 103 Abs. 2 GG nochmal explizit aufgenommen und verschärft.[94]
In diesem Zusammenhang begegnen verschiedene Begriffe des NetzG Bedenken hinsichtlich der verfassungsrechtlich erforderlichen Bestimmtheit, etwa der „offensichtlich rechtswidrigen Inhalte“ in § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG Bedenken. Einerseits die Kenntnis der Dogmatik der Kommunikationsdelikte sowie andererseits deren korrekte Anwendung im Einzelfall kann von den Netzwerkanbietern jedoch kaum erwartet werden.[95] Für den Normadressaten ist folglich nicht kalkulierbar, welche konkreten Pflichten zu erfüllen sind.[96] Gleichermaßen vage und unbestimmt sind auch die Begriffe der „organisatorischen Unzulänglichkeit“ in § 3 Abs. 4 S. 2 NetzDG sowie der „Schulungs- und Betreuungsangebote“ in § 3 Abs. 4 S. 4 NetzDG.

Im Rahmen der materiellen Verfassungsmäßigkeit des NetzDG wird außerdem die Verletzung verschiedener Grundrechte kritisiert, sowohl hinsichtlich der betroffenen Nutzer als auch der Netzwerkbetreiber. Hinsichtlich der Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer aus Art. 5 Abs. 1 GG greift die Pflicht zur Löschung rechtswidriger Inhalte nach § 3 Abs. 2 NetzDG in die Kommunikationsgrundrechte der Nutzer ein.[97] In diesem Rahmen liegt der Fokus der Kritik darauf, dass die Beurteilung der Rechtswidrigkeit des Inhalts den Netzwerkanbietern und nicht etwa den Gerichten obliegt. Stattdessen liegen „Zweifels-Löschungen“ und sogenannte „Chilling“-Effekte im Sinne einer systematischen Tendenz zur Löschung von Inhalten um Bußgelder zu vermeiden, näher.[98]

Aufseiten der Netzwerkanbieter kommen insbesondere die Verletzung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG sowie der Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG in Betracht.[99] Die Einführung der weitreichenden Sperr-

92 BVerfG Beschl. v. 03.03.2004 - 1 BvF 3/92 = BVerfGE 110, 33, 53 f.; Sachs/*Sachs*, 9. Aufl. 2021, GG Art. 20 Rn. 129; BeckOK GG/*Huster/Rux*, 48. Ed. 15.8.2021, GG Art. 20 Rn. 182.
93 *Liesching*, MMR 2018, 26, 27.
94 Sachs/*Degenhart*, 9. Aufl. 2021, GG Art. 103 Rn. 63.
95 *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 282; *Ladeur*, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), Netzwerkrecht, S. 160, 184.
96 *Liesching*, MMR 2018, 26, 27.
97 *Liesching*, MMR 2018, 26, 27; *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 442.
98 *Papier*, NJW 2017, 3025, 3030; *Feldmann*, K&R 2017, 292, 295; *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 100.
99 So auch Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 20.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

und Löschpflichten sowie die damit erforderliche Beurteilung im rechtlich komplexen Sachgebiet der Meinungsfreiheit unterliegen dem NetzDG nach jedoch keinerlei einschränkenden Maßgaben im Sinne eines Zumutbarkeitskriteriums. Stattdessen obliegt es hier den Anbietern eigenverantwortlich und für den Fall einer „falschen" Beurteilung auch bußgeldbewährt gegen Fakenews und Hassrede im Netz vorzugehen.[100]

(2) Medienstaatsvertrag (MStV)

Verantwortlichkeiten der Intermediäre werden auch durch den neuen MStV geregelt, der seit November 2020 den bis dahin geltenden Rundfunkstaatsvertrag (RStV) ersetzt. Vom Anwendungsbereich werden Rundfunk und Telemedien nun gleichermaßen erfasst, wobei für die verschiedenen Medienakteure jeweils individuelle Pflichtenkataloge vorgesehen sind.

(a) Rundfunk

Für den Rundfunkbereich sieht § 2 Abs. 1 MStV lediglich geringfügige redaktionelle Änderungen am Rundfunkbergriff vor. Damit gilt auch weiterhin jeder lineare Informations- und Kommunikationsdienst als Rundfunk, der an die Allgemeinheit gerichtet und zum zeitgleichen Empfang bestimmter Veranstaltungen und Verbreitung von journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans mittels Telekommunikation bestimmt ist. Mit Blick auf die Einordnung von Live-Streaming Angeboten im Internet, wie etwa dem „BILD Live"-Format[101] oder dem kommentierten Livestream von Online-Games, versucht der MStV mit der Legaldefinition in § 2 Abs. 2 Nr. 2 MStV für Klarheit zu sorgen. Demnach handelt es sich bei einer auf Dauer angelegten, vom Veranstalter bestimmten und vom Nutzer nicht veränderbaren Festle-

100 Vgl. etwa zum einschränkenden Kriterium bei der Störerhaftung BGH Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, BGHZ 209, 139 = MMR 2016, 418 Rn. 22; BGH Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, BGHZ 191, 219 = MMR 2012, 124 Rn. 22 mwN; s. auch *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 446.

101 S. dazu VG Berlin Urt. v. 26.9.2019 – VG 27 K 365.18 = MMR 2020, 267; zurückhaltender indessen OVG Berlin-Brandenburg Beschl. v. 2.4.2019 – OVG 11 S 72.18 = ZUM-RD 2020, 412.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

gung der inhaltlichen und zeitlichen Abfolge von Sendungen um einen Sendeplan.[102]
Doch selbst wenn ein Angebot nach diesen Vorschriften als Rundfunk einzuordnen ist, sieht § 54 Abs. 1 MStV eine Ausnahme von der ansonsten für den privaten Rundfunk bestehenden Zulassungspflicht nach § 52 Abs. 1 S. 1 MStV vor. Private Rundfunkprogramme, die entweder nur eine geringe Bedeutung für die individuelle oder öffentliche Meinungsbildung entfalten (§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 MStV)[103] oder die im Durchschnitt von sechs Monaten weniger als 20.000 gleichzeitige Nutzer erreichen bzw. in ihrer prognostizierten Entwicklung erreichen werden (§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MStV)[104], sind demnach zulassungsfrei.

(b) Telemedien

Mit den Regulierungen von Medienplattformen, Benutzeroberflächen sowie Medienintermediären betritt der MStV weitgehend Neuland. Im Vergleich zum bisherigen RStV, der lediglich die Begriffe Telemedium und Plattform kannte, wird nun ein erheblich differenzierendes System etabliert:

Gemeinsamer Ausgangspunkt der Definitionen der Medienakteure ist der Begriff des Telemediums, der nach § 1 Abs. 1 S. 3 MStV negativ zu bestimmen ist und alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste erfasst, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG sind, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, oder telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 TKG oder Rundfunk nach § 1 Abs. 1 S. 1 und 2 MStV sind. In Abgrenzung zum technikbezogenen Telekommunikationsbegriff bildet bei Telemedien somit der Inhalt den Begriffskern.[105] Vom Rundfunk unterscheidet sich das Telemedium außerdem dadurch, dass es sich um einen nicht linearen Dienst handelt, der der Allgemeinheit von Orten und Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist.[106]

---

102 BeckOK InfoMedienR/*Martini*, 34. Ed. 1.2.2021, MStV § 2 Rn. 33; *Siara*, MMR 2020, 370, 371.
103 BeckOK InfoMedienR/*Martini*, 34. Ed. 1.2.2021, MStV § 54 Rn. 6 ff.; *Schechinger*, ZUM 2021, 494, 498.
104 BeckOK InfoMedienR/*Martini*, 34. Ed. 1.2.2021, MStV § 54 Rn. 14 ff.; *Schechinger*, ZUM 2021, 494, 498 ff.
105 Vgl. auch *Gerecke/Stark*, GRUR 2021, 816, 816.
106 *Ory*, ZUM 2021, 472, 473 f.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Zentraler Gedanke hinter der Regulierungsbemühungen ist neben der Pluralismus- und Meinungsvielfaltssicherung auch die Sicherung journalistischer Standards bei allen verfügbaren Medienangeboten. Daher müssen Telemedien, die journalistisch-redaktionelle Angebote enthalten und in denen insbesondere vollständig oder teilweise Inhalte periodischer Druckerzeugnisse in Text oder Bild wiedergegeben werden, nach § 19 Abs. 1 MStV den „anerkannten journalistischen Grundsätzen" entsprechen. In Bezug auf politische Werbung trifft die Telemedienanbieter zusätzlich eine Kennzeichnungspflicht der entsprechenden Inhalte, die auch die Benennung des Werbetreibenden oder Auftraggebers erfasst (§ 22 Abs. 1 S. 3 MStV).[107]

Daran anknüpfend ist eine Medienplattform nach § 2 Abs. 2 Nr. 14 MStV jedes Telemedium, soweit es Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 MStV zu einem vom Anbieter bestimmten Gesamtangebot (auch mittels einer softwarebasierten Anwendung) zusammenfasst.[108] Dabei kommen sowohl eigene als auch Angebote Dritter in Betracht.[109] Beispielhaft seien hier Dienste wie Apple TV, Netflix und Amazon Prime Video genannt, die ein vom Anbieter zusammengefasstes Gesamtangebot enthalten.[110] Entsprechende Medienakteure unterliegen insbesondere dem in § 82 Abs. 2 MStV statuierten Diskriminierungsverbot bei der Entscheidung über den Zugang zur Medienplattform. Zudem muss die Medienplattform nach § 85 MStV auch die der Sortierung, Anordnung und Präsentation der angebotenen Inhalte zugrunde liegenden Grundsätze gegenüber den Nutzern transparent machen.[111] Gegenüber den Landesmedienanstalten müssen die Medienplattformen schließlich nicht nur die Zugangsbedingungen wie Entgelte und Tarife offenlegen (§ 83 Abs. 1 MStV), sondern nach § 79 Abs. 2 MStV auch den Betrieb der Plattform selber einen Monat vor Inbetriebnahme anzeigen.[112]

Mit dem Medienplattformbegriff eng verbunden sind Benutzeroberflächen, die nach § 2 Abs. 2 Nr. 15 MStV zu Orientierungszwecken textliche,

---

107 S. dazu auch MStV-Begründung, S. 23.

108 Zur Abgrenzung und zum Begriff des „Gesamtangebots" *Ory*, ZUM 2021, 472, 479; *Siara*, 2020, 523, 523 f.

109 Eine Ausnahme gilt jedoch für ausschließlich eigene Angebote, vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 14 S. 3 2. Alt MStV; zu der weiteren Ausnahme s. *Siara*, MMR 2020, 523, 524.

110 Ein anderes Beispiel ist der Dienst Sky Q.

111 Hierzu *Ory*, ZUM 2021, 472, 477 f.

112 Die Anzeigepflicht gilt jedoch nur für die von § 78 S. 1, 2 MStV erfassten Medienplattformen.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bildliche oder akustische vermittelte Übersichten über Angebote oder Inhalte einzelner oder mehrerer Medienplattformen geben und die unmittelbare Ansteuerung von Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien oder Telemedien nach § 19 Abs. 1 MStV ermöglichen.[113] So ist etwa die Programmübersicht sowie eine Übersicht der zur Verfügung stehenden Diensteanbieter auf dem Bildschirm eines (Smart)-TV als Benutzeroberfläche einzuordnen.[114] Auch die Überblicks- und Auswahlebenen in Mediatheken sind entsprechend einzuordnen. Darüber hinaus sind auch akustische Benutzeroberflächen wie Sprachsteuerungsassistenten (bspw. Apples Siri oder Amazons Alexa) erfasst.

Für Benutzeroberflächen gelten zunächst die zuvor beschrieben Transparenz- und Anzeigepflichten. Weitergehend enthält § 84 MStV gesteigerte Anforderungen an die Auffindbarkeit von Rundfunk, rundfunkähnlichen Telemedien sowie Telemedien nach § 19 Abs. 1 MStV. So dürfen nach § 84 Abs. 2 S. 1 MStV etwa gleichartige Angebote oder Inhalte bei der Auffindbarkeit (insb. Sortierung, Anordnung und Präsentation) nicht ohne sachlichen Grund unterschiedlich behandelt und nicht unbillig behindert werden.[115] Zugunsten des gesamten Rundfunks bestimmt § 84 Abs. 3 S. 1 MStV außerdem, dass dieser auf der ersten Auswahlebene unmittelbar erreichbar und leicht auffindbar sein muss. Vor dem Hintergrund der Vielfalts- bzw. Pluralitätssicherung werden außerdem solche Telemedienangebote des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, der Fernsehprogramme i.S.d. § 59 Abs. 4 MStV sowie private Angebote privilegiert, die in einem besonderen Maße einen Beitrag zur Meinungs- und Angebotsvielfalt im Bundesgebiet leisten (§ 84 Abs. 3, 4 MStV). Sie müssen ebenfalls leicht auffindbar sein.

Zuletzt wird in § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV der Begriff des Medienintermediärs eingeführt, der jedes Telemedium erfasst, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert.[116] Von den Medienplattformen unterscheiden sie sich gerade dadurch, dass sie die verfügbaren Inhalte zu keinem Gesamtangebot zusammenfassen, wobei als Unterscheidungskriterien einzelfallabhängig etwa die Gestaltung, der Inhalt, der Empfängerkreis oder die technische

113 Näher zum Begriff *Ory*, ZUM 2021, 472, 480; *Siara*, 2020, 523, 524.
114 *Siara*, MMR 2020, 523, 524; *Ory*, ZUM 2019, 139, 144.
115 Zu diesen Pflichten näher *Ory*, ZUM 2021, 472, 476.
116 Näher zum Begriff *Siara*, MMR 2020, 523, 525; *Gerecke/Stark*, GRUR 2021, 816, 818.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Struktur herangezogen werden können.[117] Damit unterfallen dieser Definition etwa Dienste wie Facebook, Instagram oder Telegram, soweit die Accounts der Nutzer öffentlich zugänglich sind.[118] Auch YouTube ist dieser Dienstekategorie zuzuordnen, da die Plattform insbesondere kein Gesamtangebot generiert, sondern der Allgemeinheit grundsätzlich jeden Upload ermöglicht.[119]

Als Telemedien müssen auch die Medienintermediäre zunächst den allgemeinen Grundsätzen der §§ 17 ff. MStV entsprechen. Der besondere Pflichtenkatalog ergibt sich sodann aus den §§ 91 ff. MStV. Hiervon werden nach § 91 Abs. 2 MStV zunächst nur solche Medienintermediäre adressiert, die monatlich mehr als eine Millionen Nutzer erreichen oder i.R.e. Prognose erreichen werden, keine Online-Marktplätze sind und nicht ausschließlich privaten oder familiären Zwecken dienen. Zugunsten der effektiven Durchführung eines Ordnungswidrigkeitsverfahrens i.S.v. § 115 MStV müssen diese Medienintermediäre im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten benennen, der jedoch auch unternehmensextern bestellt werden kann.[120]

Die für die Medienintermediäre relevanten Transparenzpflichten ergeben sich aus § 93 MStV. Wie bereits von den zuvor beschriebenen Medienakteuren bekannt, sind die Kriterien, die für die Entscheidung über den Zugang eines Inhalts zu und Verbleib dieses Inhalts bei einem Gatekeeper auf der Plattform herangezogen werden, von dem Intermediär leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten. Dieselbe Pflicht besteht außerdem in Bezug auf die Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und deren Gewichtung, wovon auch die grundsätzliche Funktionsweise der verwendeten Algorithmen gehört. Insoweit ist ein Ausgleich zwischen dem Informationsinteresse der Allgemeinheit und dem Geschäftsgeheimnisinteresse der Medienintermediäre zu suchen. Der Umfang der Transparenzpflicht ist somit auf eine grundsätzliche bzw. vereinfachte Darstellung der Funktionsweise der Algorithmen sowie der herangezogenen Kriterien beschränkt. Eine detaillierte Beschreibung des Algorithmus oder die Benennung der Entwickler ist hingegen nicht erforderlich.[121]

---

117 MStV-Begründung, S. 11; ausf. zur Abgrenzung s. *Ory*, ZUM 2021, 472, 478; *Siara*, MMR 2020, 523, 523 f.
118 *Ory*, ZUM 2019, 139, 145.
119 *Ory*, ZUM 2021, 472, 479; *Siara*, MMR 2020, 523, 525.
120 MStV-Begründung, S. 49.
121 MStV-Begründung, S. 50; *Gerecke/Starck*, GRUR 2021, 816, 819.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Darüber hinaus besteht bereits nach § 18 Abs. 3 MStV eine Kennzeichnungspflicht von automatisiert erstellten Inhalten. Diese Verpflichtung wird in § 93 Abs. 4 MStV nochmals aufgegriffen und für Medienintermediäre, die soziale Netzwerke anbieten, explizit für anwendbar erklärt. Die Landesgesetzgeber versuchen damit insbesondere die Problematik um Social Bots zu adressieren, die vor allem bei Diskussionen von politischer sowie gesellschaftlicher Relevanz durch das automatisierte Liken, Teilen und Kommentieren von Inhalten versuchen, den öffentlichen Diskurs zu verzerren.[122]

Abschließend verfolgen auch die Diskriminierungsverbote des § 94 MStV die Leitidee der Meinungsvielfaltssicherung.[123] Dementsprechend dürfen journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit die Medienintermediäre besonders hohen Einfluss haben, von diesen nicht diskriminiert werden. Eine Diskriminierung liegt bei der systematischen Abweichung von den nach § 93 Abs. 1-3 MStV zu veröffentlichenden Kriterien vor, wenn hierfür kein sachlicher Grund vorliegt. Damit schadet eine auf einen Einzelfall beschränkte Diskriminierung nicht.[124]

Zuletzt führt der MStV den Begriff des Video-Sharing-Dienstes im Umsetzung des Art. 28b AVM-RL ein, bei dem es sich nach § 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV um ein Telemedium handelt, das dazu dient, Sendungen mit bewegten Bildern oder nutzergenerierte Videos, für die der Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, bereitzustellen. Für entsprechende Dienste gilt ein Dreiklang an Regulierung: Zunächst müssen die allgemeinen Grundsätze der §§ 17 ff. MStV beachtet werden. Daran schließen sich die zuvor skizzierten Regelungen für die einzelnen Medienakteure an, die schließlich in den §§ 97 MStV nochmals verschärft werden.[125] Anbieter von Video-Sharing-Diensten müssen gem. § 98 Abs. 2 MStV sicherstellen, dass die in ihren Diensten vermarktete, verkaufte oder zusammengestellte Werbung den Vorgaben des § 8 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 7 und 10 MStV sowie § 6 Abs. 2, 7 des Jugendmedienschutz-Staatsvertrages entspricht. Die Werbung in den Diensten muss damit etwa als solche leicht erkennbar sowie vom redaktionellen Inhalt unterscheidbar sein und darf keine die Menschenwürde verletzende, diskriminierende oder irreführende Inhalte enthalten.

---

122 MStV-Begründung, S. 20, 50; *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230, 231; *Gerecke/Starck*, GRUR 2021, 816, 819.
123 *Ory*, ZUM 2021, 472, 477.
124 *Gerecke/Starck*, GRUR 2021, 816, 820.
125 *Siara*, MMR 2020, 523, 526.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

b) Europäische Ansätze und rechtspolitische Vorschläge

(1) AVMD-Richtlinie

Die AVMD-Richtlinie[126] erstreckt ihren Anwendungsbereich auf lineare und nicht-lineare audiovisuelle Mediendienste. Seit der letzten Reform im November 2018 enthält sie außerdem Regelungen für Video-Sharing Dienste, die auf nationaler Ebene überwiegend im MStV sowie teilweise auch im TMG umgesetzt wurden.[127] Die Reform der Richtlinie ist vor dem Hintergrund der zunehmenden Konvergenz der Medien sowie der zwischenzeitlichen Etablierung neuer Medienakteure notwendig geworden.[128] Der Europäische Gesetzgeber verfolgt dabei das Ziel, die Regelungsdichte und -intensität linearer und nicht-linearer Angebote (weiter) anzugleichen.[129] Lineare und nicht-lineare Angebote unterscheiden sich gem. Art. 1 Abs. 1 lit. f, g AVMD-RL durch die Abruf- und Zugriffsmöglichkeiten von Nutzern auf Sendungen bzw. Diensten, die entweder zum zeitgleichen Empfang (lineare audiovisuelle Mediendienste) oder zu einem nutzerseitig frei gewählten Zeitpunkt (nicht-lineare audiovisuelle Mediendienste) bereitgestellt werden. Im Zuge der letzten Reform wurde schließlich mit den Video-Sharing-Diensten in Art. 1 Abs. 1 lit. aa AVMD-RL eine dritte Dienstekategorie eingeführt. Dabei handelt es sich um Dienstleistungen im Sinne der Art. 56 und 57 AEUV, bei der der Hauptzweck der Dienstleistung oder eines trennbaren Teils der Dienstleistung oder eine wesentliche Funktion der Dienstleistung darin besteht, Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Video-Sharing-Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze im Sinne des Art. 2 lit. a der RL/2002/21/EG zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen, und deren Organisation vom Video-Sharing-Plattform-Anbieter bestimmt wird, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen. Die fehlende redaktionelle Verantwortung des Vi-

126 Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. 2018, L 303/69.

127 BT-Drs. 17/718, S. 7; *Zurth/Pless*, ZUM 2019, 414, 418.

128 ErwGr 1 AVMD-RL.

129 Hoeren/Sieber/Holznagel/*Holznagel/Hartmann*, Handbuch Multimedia-Recht, 57. EL September 2021, Teil 3, Rn. 30; *Jäger*, ZUM 2019, 477.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

deo-Sharing-Anbieters dient damit als zentrales Unterscheidungskriterium zu den zuvor genannten Mediendiensten.
Gegenüber der bis 2018 geltenden Rechtslage ist in Bezug auf die Regulierung audiovisueller Mediendienste insbesondere die in Art. 30 AVMD-RL neu aufgenommene Vorgabe hervorzuheben, dass die Mitgliedsstaaten unabhängige nationale Medienregulierungsanstalten benennen müssen, die rechtlich von Regierungsstellen getrennt sowie funktionell unabhängig von ihren jeweiligen Regulierungen und anderen öffentlichen oder privaten Einrichtungen sein müssen (Art. 30 Abs. 1 AVMD-RL).[130]
Für Video-Sharing-Anbieter ist in Art. 28b AVMD-RL eine Dichotomie an Regelungssträngen vorgesehen: Einerseits sind Minderjährige vor entwicklungsgefährdenden Inhalten (Art. 28b Abs. 1 lit. a AVMD-RL) sowie die Allgemeinheit vor Hass- und Gewaltaufrufen zu schützen (Art. 28b Abs. 1 lit. b AVMD-RL).[131] Andererseits trifft die Dienste auch eine Kennzeichnungspflicht und eine inhaltliche Regulierung von Werbung, Sponsoring und Produktplatzierung (Art. 28 Abs. 2 AVMD-RL).[132] In der praktischen Umsetzung kommen für Inhalte, die der Anbieter nicht selbst vermarktet, verkauft oder zusammengestellt hat, insoweit die Aufnahme entsprechender Klauseln in die Dienste-AGB in Betracht. Ergänzend sollen organisatorische Vorkehrungen wie transparente und nutzerfreundliche Melde- (Art. 28 Abs. 3 lit. b AVMD-RL) und Beschwerdesysteme (Art. 28 Abs. 3 lit. i AVMD-RL) diensteseitig vorgehalten werden. In Bezug auf die Meldesysteme ist die AVMD-RL auch im Kontext der ECRL zu sehen, sodass die an die VSD zu richtenden Pflichten nach einer Meldung eines rechtswidrigen Inhalts nicht über ein notice-and-take-down Verfahren hinaus gehen können.[133]

Die Umsetzung der zuvor genannten Maßnahmen soll nach Art. 28b Abs. 4 AVMD-RL i.V.m. Art. 4a Abs. 1 AVMD-RL mit den Mitteln der Ko- und Selbstregulierung erfolgen, wobei hier die Verhaltenskodizes der Dienste maßgeblich sein werden. Einschränkend sieht jedoch Art. 28b Abs. 6, Art. 4a Abs. 3 AVMD-RL die Möglichkeit vor, dass die Mitgliedsstaaten den VSD-Anbietern schärferer Maßnahmen auferlegen können,

130 Ausf. dazu *Gundel*, ZUM 2019, 131, 136 f.
131 Kritisch mit Blick auf den Umfang der die Diensteanbieter treffenden Pflichten Hoeren/Sieber/Holznagel/*Holznagel/Hartmann*, Handbuch Multimedia-Recht, 57. EL September 2021, Teil 3 Rn. 66.
132 *Jäger*, ZUM 2019, 477; zur Kennzeichnung nutzergenerierter Werbung in sozialen Netzwerken im RStV s. *Zurth/Pless*, ZUM 2019, 414; *dies.* ZUM 2019, 457.
133 ErwGr 48 AVMD-RL; Hoeren/Sieber/Holznagel/*Holznagel/Hartmann*, Handbuch Multimedia-Recht, 57. EL September 2021, Teil 3Rn. 65.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

wenn sich insbesondere die Verhaltenskodizes als ungenügend herausgestellt haben.[134]

(2) Der Vorschlag eines EU Digital Services Acts

Vor dem Hintergrund des deutschen NetzDG und vergleichbaren Vorschlägen bzw. Gesetzen in anderen EU-Mitgliedstaaten sowie dem Reformbedarf für die nunmehr fast 20 Jahre alte E-Commerce-RL erklärt sich auch der groß angelegte Vorschlag der EU-Kommission für einen neuen Digital Services Act – der bewusst gerade Risiken durch fake news und Hass-Botschaften und die Rolle der Plattformbetreiber adressiert:

(a) Pflichten und Haftungsprivilegierungen für Host-Provider

Löscht oder blockiert ein Provider einen Inhalt, muss er den betroffenen Nutzer spätestens in diesem Zeitpunkt über die Gründe unterrichten, die den Provider zu dieser Entscheidung bewogen haben, Art. 15 Abs. 1 DSA. Wiederum konkretisiert Art. 15 Abs. 2 DSA die Anforderungen an diese Benachrichtigung des Nutzers, indem u.a. die territoriale Reichweite der Maßnahme anzugeben ist, zudem die Angabe der Tatsachen und Umstände, die der Entscheidung zugrunde liegen, einschließlich der Information darüber, ob die Entscheidung aufgrund einer Beschwerde getroffen wurdes sowie die Unterrichtung darüber, ob automatisierte Verfahren zur Entscheidung und zur Identifizierung der Inhalte verwandt wurden. Im Fall rechtswidriger Inhalte ist zudem die Rechtsgrundlage anzugeben und einer Erklärung, warum der konkrete Inhalt darunterfallen soll, ebenso im Falle des Verstoßes gegen die vertraglichen Nutzungsbedingungen. Schließlich ist über Abhilfemöglichkeiten für den betroffenen Nutzer aufzuklären, sei es durch interne Beschwerdemanagementsysteme, außergerichtliche Streitbeilegungsmöglichkeiten oder gerichtliche Rechtsbehelfe. Gerade in Bezug auf die Möglichkeit, Rechtsschutz nachzusuchen, verlangt Art. 15 Abs. 3, ErwGr 42 DSA, dass die dem Nutzer erteilte Information ihn in die Lage versetzen muss, die in der Information genannten Rechtsbehelfe zu ergreifen.

Gerade diese Pflichten können aber die vertragsrechtlichen Pflichten aus dem Teilnahmevertrag mit den Nutzern konkretisieren und stellen

134 *Gundel*, ZUM 2019, 131, 133.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

mindestens gesetzliche Leitbilder, eher sogar zwingende öffentlich-rechtliche Normen dar, die nicht abbedungen werden können.

Dagegen sieht Art. 15 DSA kein rechtliches Gehör für den betroffenen Nutzer vor einer Entscheidung des Providers über die Löschung oder Sperrung des Inhalts vor – was sich indirekt auch aus dem explizit geregelten Verfahren für Online-Plattformen nach Art. 17 DSA ergibt.[135] Ebenso wenig enthält Art. 15 DSA einen unmittelbaren Anspruch des Nutzers auf Wiederherstellung seines Inhalts; insoweit bleibt es beim nationalen Recht, hier vor allem des Vertragsrechts, dass Nutzer ihre Ansprüche auf Wiederherstellung der Inhalte geltend machen können.[136] Allenfalls kann aus Art. 15 Abs. 3 DSA implizit ein solcher Anspruch abgeleitet werden. Ob dies verfassungsrechtlichen Anforderungen standhält, kann hier nicht vertieft werden, kann aber mit Fug und Recht sehr bezweifelt werden.

(b) Erhöhte Pflichten für Online-Plattformen

Eine der zentralen Neuerungen des DSA betrifft erhöhte Pflichten von online-Plattformen gegenüber den „normalen“ Host-Providern; diese richten sich zum einen auf Verschärfungen des Beschwerdemanagements und Berichtspflichten gegenüber Aufsichtsbehörden, ebenso auf die Einrichtung außergerichtlicher Streitschlichtungsmechanismen bis hin zur Einführung von trusted flaggers und Vorkehrungen gegen den Missbrauch von Beschwerden. Online-Plattformen sind nach Art. 2 h) und i) DSA eine Unterkategorie der Host-Provider, die Informationen auf Anforderung durch einen Nutzer an die Öffentlichkeit verbreiten und zugänglich machen, ganz im Sinne der Definition des öffentlichen Zugänglichmachens in Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL. ErwGr 14 DSA stellt hierzu klar, dass geschlossene Gruppen von Nutzern nicht unter den Begriff der Öffentlichkeit fallen, ebenso wenig die individuelle Kommunikation etwa durch Emails oder

135 S. auch *Rössel*, ITRB 2021, 35, 40.

136 Für Anspruch aus Vertrag sui generis OLG München Urt. v. 7.1.2020 – 18 U 1491/19 Pre = GRUR-RS 2020, 2103 Rn. 61, 117; ähnlich OLG München Beschl. v. 24.8.2018 – 18 W 1294/18 = NJW 2018, 3115, 3116 Rn. 12, 18; OLG Oldenburg Urt. v. 1.7.2019 – 13 W 16/19 = GRUR-RS 2019, 16526 Rn. 7; für Qualifizierung des Anspruchs als Erfüllungsanspruch OLG Düsseldorf Urt. v. 4.12.2020 – 7 U 131/19 = GRUR-RS 2020, 41440 Rn. 23; ähnlich *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3419 f.; zur ähnlichen Diskussion zum NetzDG *Spindler*, CR 2018, 238, 239; *Peukert*, MMR 2018, 572; *Friehe*, NJW 2020, 1697, 1698 f.; *Niggemann*, CR 2020, 326, 329.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Messenger-Dienste, wie sie durch Art. 2 Nr. 4, 5 Elektronische Kommunikationskodex-RL[137] definiert werden. Wie schon zum NetzDG erscheint gerade im Fall von Messenger-Diensten diese Abgrenzung aber mehr als zweifelhaft, etwa bei offenen Telegramm- oder Whatsapp-Gruppen. Zweifelhaft ist auch die in Art. 2 h) DSA vorgesehen Ausnahme, dass untergeordnete Dienste nicht unter die Definition fallen, solange diese nicht der Umgehung des DSA dienen, etwa nach ErwGr 13 DSA die Kommentarfunktion einer elektronischen Presse. Damit könnte aber eine empfindliche Anwendungslücke in der Bekämpfung von hate speech entstehen, da gerade derartige Kommentarfunktionen genutzt werden, um fake news etc. zu verbreiten, zumal die elektronische Presse nicht unter die AVM-RL fällt, ErwGr 28 AVM-RL.

Inwiefern diese Pflichten alle nur öffentlich-rechtlicher Natur sind und keine Auswirkungen auf zivilrechtliche und ggf. auch strafrechtliche Pflichten haben, erscheint offen und kann nur im Hinblick auf die jeweilige Norm beantwortet werden, insbesondere ob sie auch vertragsrechtliche Pflichten konkretisieren oder als Schutzgesetze im Hinblick auf § 823 Abs. 2 BGB qualifiziert werden können, vergleichbar der Diskussion um die finanzmarktrechtlichen Pflichten nach der MiFiD II.[138] Jedenfalls sieht der DSA keine auf die in Kapitel III und IV genannten Pflichten bezogenen Schadensersatzansprüche vor, sondern belässt es vielmehr bei Bußgeldern in Art. 42 DSA.

Online-Plattformen unterliegen demnach gegenüber „normalen" Host-Providern verschärften Anforderungen an Beschwerdemanagementsystemen: Das Beschwerdemanagementsystem nach Art. 17 DSA richtet sich aber im Gegensatz zu dem notice-and-action System nach Art. 14 DSA allein auf Beschwerden von Nutzern, deren Inhalte durch entsprechende Entscheidungen der Online-Plattformbetreiber entfernt oder gesperrt wurden oder deren Zugang zur Plattform bzw. deren Benutzerkonto gesperrt wurde, Art. 17 Abs. 1 DSA. Die Entscheidung über die Beschwerde darf nicht allein durch automatisierte Verfahren getroffen werden, Art. 17 Abs. 5 DSA, aber offenbar mit ihrer Unterstützung. Eigenartigerweise enthält Art. 17 DSA keine Hinweise darauf, dass die betroffenen Dritten in dem Verfahren gehört werden – wie es etwa der EuGH in der UPC Teleka-

137 Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation (Neufassung), ABl. L 321 vom 17.12.2018, S. 36-214.

138 Wiederum Langenbucher/Bliesener/Spindler/*Spindler*, Bankenrecht-Kommentar, WpHG § 63 Rn. 8 ff.; *Kasper*, WM 2021, 60; vgl. *Mülbert*, ZHR 172 (2008), 170, 176, 183; MüKoBGB/*Lehmann*, Band 13, Teil 12 A. Rn. 181.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

bel-Entscheidung zur Wahrung der Grundrechte der Betroffenen deutlich gefordert hatte, auch wenn diese Entscheidung eine Sperrverfügung gegenüber Access-Provider betraf.[139] Ebenso wenig enthält Art. 17 DSA einen ausdrücklichen Anspruch der Nutzer auf Wiederherstellung der Inhalte.

(i) Streitschlichtungssysteme

Eine der größten Herausforderungen für die Wahrung von Persönlichkeitsrechten auf Online-Plattformen besteht mit Sicherheit in der Gewährleistung effektiven und schnellen Rechtsschutzes.[140] Denn ein Provider ist in aller Regel nicht geeignet, um in die Rolle eines Richters zu schlüpfen, zumal gerade Auseinandersetzungen um rechtswidrige Inhalte bei Persönlichkeitsrechten kaum einer Automatisierung zugänglich sein dürften. Daher ist der Vorschlag des Art. 18 DSA zu begrüßen, der Provider von Online-Plattformen dazu verpflichtet, mit nach Art. 18 Abs. 2 DSA zertifizierten außergerichtlichen Streitschlichtungsstellen zu kooperieren und sich ihren Entscheidungen zu unterwerfen. Allerdings haben nur Nutzer, deren Inhalte nach Art. 17 Abs. 1 DSA blockiert, gelöscht oder deren Benutzerkonten gesperrt wurden, nach Art. 18 Abs. 1 DSA Zugang zu diesen außergerichtlichen Streitschlichtungsstellen (unter denen sie aber auswählen können); warum diese Möglichkeit nicht anderen Betroffenen, z.B. in ihren Persönlichkeitsrechten Verletzten zur Verfügung steht, bleibt unklar.

In zivilrechtlicher Hinsicht ist wiederum fraglich, inwiefern Art. 18 DSA auch die Pflichten aus dem Teilnahmevertrag mit den Nutzern konkretisieren kann – was uneingeschränkt zu bejahen ist, da gerade die Bereitstellung solcher Streitschlichtungsmechanismen essentiell für die Nutzer sein kann, um Abhilfe gegenüber entsprechenden Entscheidungen der Provider zu erhalten. Allerdings stellt sich wiederum die Frage, welche Sanktion zivilrechtlich bei einer Pflichtverletzung offen stünde: Hier kann zwar ein Erfüllungsanspruch theoretisch zur Verfügung stehen, doch steht es nach wie vor im Ermessen des Providers, mit welcher Streitschlichtungsstelle er kooperieren will. Denkbar ist aber auch ein Schadensersatzan-

139 EuGH Urt. v. 27.3.2014 – C-314/12 Rn. 54, 57 = GRUR 2014, 468, 471 – *UPC Telekabel/Constantin Film*; zum rechtlichen Gehör auch *Spindler*, GRUR 2014, 826, 833.

140 S. dazu bereits in diese Richtung *Spindler*, Gutachten F zum 69. Deutschen Juristentag, „Persönlichkeitsschutz im Internet – Anforderungen und Grenzen einer Regulierung“, 2012, S. 56 ff.; ebenso jetzt *Wagner*, GRUR 2020, 447, 455.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

spruch durch den Nutzer, der von einer ungerechtfertigten Sperre betroffen ist und erst durch ein gerichtliches Verfahren Rechtsschutz erhält, was schneller durch ein außergerichtliches Verfahren hätte realisiert werden können. In der Praxis wird daher wohl eher die öffentlich-rechtliche Durchsetzung der Normalfall sein.

Hinsichtlich der Anforderungen an die Zertifizierung solcher außergerichtlichen Streitschlichtungsstellen durch den Digitale Dienste Koordinator verlangt Art. 18 Abs. 2 DSA, dass diese unparteiisch und unabhängig vom Plattformbetreiber und von den Nutzern sein müssen, ferner, dass sie über die nötige Expertise in einer oder mehrerer der betroffenen Fragen der rechtswidrigen Inhalte oder der Verletzung der Vertragsbedingungen des Providers verfügen, sowie dass sie einfach elektronisch erreichbar sind, schnell und kosteneffizient in einer der Sprachen der EU-Mitgliedstaaten handeln können und über klare und faire Verfahrensregeln verfügen – ohne dass diese näher von Art. 18 Abs. 2 DSA spezifiziert würden. Der Charakter des nur zugunsten des Nutzers installierten außergerichtlichen Streitschlichtungsverfahrens, das nicht dem Provider selbst offensteht,[141] zeigt sich nicht zuletzt anhand der aus zivilprozessualer Sicht eigenartig anmutenden Kostentragungsregelung des Art. 18 Abs. 3 DSA: So muss der Provider zwar im Falle, dass er unterliegt, die Kosten des Nutzers tragen, aber nicht umgekehrt, wenn der Nutzer unterliegt. Hinsichtlich der Kosten der Streitschlichtungsstelle selbst präzisiert Art. 18 Abs. 3 UAbs. 2 DSA diese nicht weiter, sondern begnügt sich damit, dass diese „vernünftig" sein müssen und nicht die Kosten des Verfahrens selbst übersteigen dürfen. Die zertifizierten Streitschlichtungsstellen müssen vom Digitale Dienste Koordinator an die Kommission übermittelt werden, die eine Liste der verfügbaren Stellen veröffentlicht. Unberührt von diesen Verfahren bleiben die von der Richtlinie 2013/11/EU[142] vorgesehenen alternativen Streitschlichtungsmechanismen für Verbraucher; Art. 18 DSA ist vielmehr für alle Nutzer einer Online-Plattform anwendbar, damit auch für kommerzielle Nutzer, wie z.B. Händler.

141 *Rössel*, ITRB 2021, 35, 40.

142 Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl. L 165 vom 18.6.2013, S. 63.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(ii) Trusted flaggers

Abweichend von den Regelungen für alle Host-Provider sieht Art. 19 DSA die Einführung eines „trusted flagger“-Verfahrens für Beschwerdeführer vor, die sich in der Vergangenheit als vertrauenswürdig erwiesen haben. Nachrichten bzw. Beschwerden, die von diesen Personen kommen, sollen von den Providern der Online-Plattformen mit Priorität und ohne Verzögerung behandelt werden – allerdings sieht schon Art. 14 DSA vor, dass Nachrichten bzw. Beschwerden ohne Verzögerung bearbeitet werden sollen, so dass sich hieraus eine gewisse zeitliche Hierarchie ergibt. Wer als „trusted flagger“ gelten kann, wird wiederum vom Digitale Dienste Koordinator festgelegt, wobei nach Art. 19 Abs. 2 DSA nur diejenigen Unternehmen („entities“) in Betracht kommen,[143] die über besondere Erfahrung in der Entdeckung, Identifizierung und Benachrichtigung von rechtswidrigen Inhalte verfügen und diese auch zeitnahe und objektiv ausführen, ferner die kollektive Interessen vertreten und unabhängig von jeder Online-Plattform sind. ErwGr 46 S. 3 DSA führt als Beispiele Europol oder nicht-Regierungsorganisationen wie das Netzwerk INHOPE an, das sich um Kindesmissbrauch kümmert. Aber auch im Urheberrecht sollen Verbände oder Organisationen der Industrie und der Rechteinhaber den „trusted flagger“-Status erhalten – was einmal mehr zeigt, dass der DSA hier durchaus Art. 17 DSM-RL flankieren will, obwohl prima vista Art. 1 Abs. 5 c) DSA das Urheberrecht nicht tangieren soll.[144]

Quasi die Kehrseite sind die Pflichten der Provider, um gegen Missbrauch sowohl seitens der Nutzer als auch von Beschwerdeführern vorzugehen. Art. 20 Abs. 1 DSA hält fest, dass Betreiber von Online-Plattformen für eine angemessene Zeit und nach vorheriger Warnung ihre Dienste für Nutzer sperren sollen, die zuvor in erheblicher Weise rechtswidrige Inhalte eingestellt haben. Gleiches gilt nach Art. 20 Abs. 2 DSA für die Behandlung von Beschwerden von Unternehmen bzw. Organisationen („entities“) und Einzelpersonen, die öfters Nachrichten oder Beschwerden eingereicht haben, die offensichtlich unbegründet waren.

---

143 Nach ErwGr 46 S. 2 DSA soll der Status als „trusted flagger“ nicht individuellen Personen zukommen.

144 Zu trusted flaggern unter Art. 17 DSM-RL schon Erklärung der Bundesregierung bei der Abstimmung im Ministerrat vom 15.4.2019, Pkt 8, Interinstitutional File: 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2; dazu *Spindler*, CR 2020, 50, 55 Rn. 36 f.; *Spindler*, CR 2019, 277, 286 Rn. 55; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228; *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355, 363; mit einem eigenen Entwurfsvorschlag *Leistner*, ZUM 2020, 505, 512 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

(iii) Mitteilungs- und Publizitätspflichten

Für die Pflichten nach Art. 21 Abs. 1 DSA hat offenbar das deutsche NetzDG Pate gestanden: Denn Art. 21 DSA verpflichtet die Online-Plattform Betreiber zur Mitteilung von Informationen an die Aufsichts- bzw. Strafverfolgungsbehörden,[145] die den Verdacht auf eine erhebliche Straftat mit Gefahr für Leib und Leben nahelegen, insbesondere Straftaten wie sie in der Kinderpornografie-Bekämpfungs-RL[146] aufgeführt werden, ErwGr 48 DSA.[147] Auch die Publizitätspflichten, die für alle Provider bereits nach Art. 13 gelten, werden für Online-Plattformen nochmals durch Art. 23 Abs. 1 DSA ausgeweitet.

(c) Vierte Stufe: Pflichten für besonders große Online-Plattformen

Neben den wesentlich erweiterten Pflichten für Online-Plattformen treten als weiteres Herzstück des DSA die Anforderungen an besonders große Online-Plattformen, für die der DSA an den Begriff der systemischen Risiken anknüpft, wie sie aus der Finanzmarkt-Regulierung bekannt sind (Art. 2 c) Europäischer Ausschuss für Systemrisiken-VO[148]). Denn die besonders großen Online-Plattformen werden als potentielle Verursacher von gesellschaftlichen Risiken und Gatekeeper (ErwGr 56 DSA), insbesondere für die demokratische Meinungsbildung angesehen.[149] Neben den Regelungen zu systemischen Risiken in Art. 25 – 28 DSA, zu denen auch die Pflicht zur Einführung eines Compliance-Beauftragten (Art. 32 DSA) gehört, führt der DSA auch spezielle Anforderungen für Systeme zu Empfeh-

145 Zur Zuständigkeit des jeweiligen Mitgliedstaates s. Art. 21 Abs. 2 DSA.

146 Richtlinie 2011/93/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 zur Bekämpfung des sexuellen Missbrauchs und der sexuellen Ausbeutung von Kindern sowie der Kinderpornografie sowie zur Ersetzung des Rahmenbeschlusses 2004/68/JI des Rates, ABl. L 335 vom 17.12.2011, S. 1-14.

147 Richtlinie 2011/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 2011 über die Umweltverträglichkeitsprüfung bei bestimmten öffentlichen und privaten Projekten, Abl. L 26 vom 28.1.2012, S. 1-21.

148 Verordnung (EU) Nr. 1092/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. November 2010 über die Finanzaufsicht der Europäischen Union auf Makroebene und zur Errichtung eines Europäischen Ausschusses für Systemrisiken, ABl. L 331 vom 15.12.2010, S. 1-11.

149 Umfassend *Bauer*, WRP 2020, 171; *Stark*, MMR 2017, 721; schon *Holznagel*, NordÖR 2011, 205.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lungen oder zur online Werbung ein; ferner werden die Transparenz- und Publizitätspflichten nochmals verschärft, Art. 33 DSA.

Speziell für die auf systemische Risiken ausgerichteten Pflichten des DSA kommt nur die Qualifizierung als öffentlich-rechtliche Pflichten in Betracht, was sich nicht zuletzt in den zahlreichen Ermächtigungsbefugnissen der EU-Kommission sowie der Digitale Dienste Koordinatoren in Art. 23 Abs. 4, 25, 31, 33 Abs. 2, 34 ff DSA äußert. Es handelt sich im Wesentlichen – vergleichbar den finanzmarktrechtlichen Pflichten – um Corporate Governance-Vorschriften, die im Wege der Aufsicht durch Behörden, hier dem Digitale Dienste Koordinator, durchgesetzt werden müssen, und nur in Ausnahmefällen zivilrechtliche Pflichten auslösen.

Art. 25 DSA definiert den Anwendungsbereich besonders großer Online-Plattformen als solche, bei denen monatlich durchschnittlich mindestens 45 Millionen Teilnehmer in der EU aktiv sind. Demgemäß soll es nicht auf die registrierten Nutzer ankommen, sondern nur auf die „aktiven“; vergleichbare Probleme der Berechnung der Nutzerzahl sind auch aus dem NetzDG bekannt.[150]

Nach Art. 26 Abs. 1 DSA haben die Plattformbetreiber zunächst mindestens einmal jährlich die systemischen Risiken durch ihre Plattformen zu analysieren, worunter Art. 26 Abs. 1 S. 2 DSA die Verbreitung rechtswidriger Inhalte versteht, einschließlich des Vertriebs von Piraterie-Produkten (ErwGr 57 S. 1 DSA). Ferner fallen unter die systemischen Risiken negative Auswirkungen auf die Ausübung von Grundrechten hinsichtlich der Meinungs- und Informationsfreiheit, dem Schutz der Privat- und Familiensphäre, der Rechte von Kindern sowie der Verhinderung von Diskriminierung, wobei die Kommission hier vor allem an den Einsatz von Algorithmen durch die Plattformbetreiber oder Dritte denkt, die etwa die Meinungsfreiheit gefährden können (ErwGr 57 S. 5 DSA). Schließlich umfassen die systemischen Risiken Manipulationen der Dienste, einschließlich der automatischen Nutzung der Dienste, die negative Effekte auf den Schutz der öffentlichen Gesundheit, Minderjährige, aber auch auf Wahlen sowie die öffentliche Sicherheit haben können. Damit zielt Art. 26 Abs. 1 DSA neben der Verhinderung von Desinformationskampagnen auch auf Phänomene wie „hate speech“ oder die Beeinflussung von Wahlen ab, wie etwa durch falsche Nutzerkonten, den Einsatz von social bots etc. (ErwGr 57 S. 7 DSA).

---

150 Spindler/Schmitz/*Liesching*, TMG, § 1 NetzDG Rn. 70; ähnlich schon *Guggenberger*, ZRP 2017, 98; *Spindler*, K&R 2017, 533, 543; dagegen BeckOK InfoMedienR/*Hoven/Gersdorf*, 34. Ed. 1.5.2021, NetzDG § 1 Rn. 30.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Im Rahmen dieser Risikoanalyse müssen die Plattformbetreiber nach Art. 26 Abs. 2 DSA die Auswirkungen ihrer Systeme zur Moderation und zur Empfehlung von Inhalten, einschließlich der Werbung, auf die Verbreitung von rechtswidrigen Inhalten oder solchen, die nicht mit den Vertragsbedingungen der Plattformbetreiber vereinbar sind, berücksichtigen. Aufbauend auf dieser Risikoanalyse müssen die Plattformen Risikomanagementsysteme einrichten, die unter anderem nach Art. 27 Abs. 1 DSA Anpassungen in den Systemen zur Moderation und zur Empfehlung von Inhalten enthalten, ferner Maßnahmen zur Begrenzung von Werbung in Verbindung mit den angebotenen Diensten, die Stärkung der internen Überwachung der Plattformen im Hinblick auf die systemischen Risiken, die Initiierung einer Zusammenarbeit mit „trusted flaggers" nach Art. 19 DSA, bis hin zur Zusammenarbeit mit anderen Online-Plattformen (ohne Beschränkung auf besonders große Online-Plattformen) hinsichtlich der Codes of Conduct (Art. 35 DSA) und Krisenprotokollen nach Art. 37 DSA.

Bei der Erfassung der systemischen Risiken und der Maßnahmen sollen nach ErwGr 59 DSA Repräsentanten von Nutzern und von etwaig betroffenen Gruppen sowie unabhängige Experten und Organisationen der Zivilgesellschaft beteiligt werden – ohne dass der DSA hierfür ein besonderes Format oder gar einen Anspruch dieser genannten Gruppen vorsähe. Deutlich wird aber das Anliegen der EU-Kommission, einen möglichst umfassenden Ansatz für sehr große Online Plattformen vorzusehen, der eben auch die Gefahren für die demokratisch verfassten Ordnungen der EU und der Meinungsfreiheit umfasst – wobei die Balance zwischen den verschiedenen Grundrechten und erfassten Zielen offen bleibt, was wiederum Kritik hinsichtlich der Verlagerung von staatlichen Pflichten auf Private hervorruft.

Ebenfalls aus der Regulierung systemischer Risiken von Finanzmärkten (vgl. Art. 69 Abs. 2 i) MIFID II) ist die Verkoppelung der Pflichten mit regelmäßigen Auditierungen bekannt: So müssen auf Kosten der Provider von besonders großen Plattformen diese mindestens einmal jährlich unabhängige Audits durchführen, um die Erfüllung der Pflichten des gesamten Kapitels III des DSA zu überprüfen, mithin der Pflichten der Provider über diejenigen der Host-Provider und der Online-Plattformen bis hin zu den intensivsten Pflichten nach Art. 26 ff. DSA zum Riskmanagement. Aber auch die Einhaltung von Pflichten auf der Grundlage der Codes of Conduct oder von Krisenprotokollen nach Art. 37 DSA werden vom Audit umfasst. Indes sind die Provider nicht an die Empfehlungen des Audit-Berichts gebunden, indem sie zwar innerhalb eines Monats nach Erhalt des Berichts nach Art. 28 Abs. 4 S. 2 DSA Stellung dazu beziehen müssen, ihnen aber Art. 28 Abs 4 S. 3 DSA erlaubt, die Vorschläge nicht umzusetzen,

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

was die Provider allerdings begründen und alternative Maßnahmen erläutern müssen.

c) Der Vorschlag für eine KI-Verordnung

KI findet gerade im Bereich von meinungsbildenden Plattformen Einsatz, die bestimmte Inhalte bewerten, sortieren und sie dann entsprechend „zubereitet“ dem Nutzer darbieten (sog. „*content curation*“), so dass das berühmte Phänomen der „*echo chambers*“[151] entsteht. Die Risiken für die Ausübung von Grundrechten im Netz sind daher vielfältig und reichen vom Datenschutz über das Recht der freien Meinungsäußerung bis hin zu möglicher Diskriminierung, etwa durch verzerrte Trainingsdaten. Die *EU-Kommission* verfolgt mit dem Vorschlag einer KI-VO einen *risikobasierten horizontalen Ansatz* im Bereich des Produktsicherheitsrechts, der sich auf den Einsatz von KI generell bezieht und nicht sektorspezifisch (wie etwa in den Produktsicherheitsrechts-Verordnungen oder -Richtlinien) vorgeht. Der Vorschlag der KI-VO soll ausdrücklich zukunftsoffen und in der Lage sein, neue Entwicklungen zu berücksichtigen.[152]

(1) Der grundlegende Ansatz: Risikobasiert mit Regulierung für hoch-riskante KI

Die *EU-Kommission* hat sich unter verschiedenen Möglichkeiten dezidiert für einen *risikobasierten Ansatz* ausgesprochen,[153] der zwingende Regelungen nur für hoch-riskante KI-Systeme enthält, es für andere KI-Systeme aber bei moderaten Pflichten sowie einem *code-of-conduct-Konzept* belässt.[154] Dabei erstreckt der KI-VO-E seinen Anwendungsbereich ausdrück-

---

151 Grundsätzlich zu „echo chambers“ siehe *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641; instruktiv zu ihrem Entstehen: *Drexl*, „Economic Efficiency Versus Democracy: On the Potential Role of Competition Policy in Regulating Digital Markets in Times of Post-Truth Politics“, 2016, S. 5, abrufbar unter https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2881191 (zuletzt abgerufen am 17. Mai 2021); ausf. zu den mit ihnen verbundenen Gefahren für die Meinungsvielfalt: *Drexl*, ZUM 2017, 529.

152 Explanatory Memorandum, COM(2021) 206 final vom 21.4.2021, S. 3.

153 In diese Richtung bereits *Martini*, „Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz“, 2019, S. 226 ff.

154 Explanatory Memorandum, COM(2021) 206 final vom 21.4.2021, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

lich auch auf Anbieter bzw. Betreiber mit Sitz außerhalb der EU.[155] Erklärtes Ziel der Regulierung der hoch-riskanten KI ist die Gewährleistung der Grundrechte der betroffenen Nutzer, insbesondere das Recht auf Meinungsfreiheit, die Nichtdiskriminierung sowie die datenschutzrechtlichen Grundrechte.[156] Zentrales Element der Überwachung der Anforderungen an hoch-riskante KI-Systeme ist dabei der produktsicherheitsrechtliche Ansatz der Konformitätsbewertung anhand *technischer Standards*, einhergehend mit einer *Vermutungswirkung*, die aber auch andere Alternativen zulässt, womit die *EU-Kommission* einerseits die nötige Flexibilität gewährleisten, andererseits eine Überlastung der Aufsichtsbehörden verhindern will.[157]

Zur Durchsetzung der Pflichten von hoch-riskanten KI will die *EU-Kommission* eine Registrierungspflicht für sog. *stand-alone KI* und damit eine EU-weite Datenbank schaffen, mit deren Hilfe durch Überwachungsbehörden oder sonstige Dritte die Aktivitäten der KI im Hinblick auf die Einhaltung der Pflichten, insbesondere die Wahrung der betroffenen Grundrechte, überwacht werden können.[158] Gleichzeitig wird damit der Forderung nach einer vorhergehenden öffentlich-rechtlichen Genehmigung[159] eine Absage erteilt.

Flankiert wird dieser Ansatz durch Pflichten der KI-Betreiber, die Überwachungsbehörden über ernsthafte Vorfälle oder Fehlfunktionen der KI mit Gefährdung der Grundrechte zu unterrichten; die entsprechenden Informationen der Überwachungsbehörden sollen dann von der *EU-Kommission* zur Marktanalyse und -bewertung ausgewertet werden.[160]

Für die Definition der hoch-riskanten KI-Anwendungen verwendet der KI-VO-E einen zweifachen Ansatz: zum einen stellt der KI-VO-E auf die Verwendung von KI-Systemen als sicherheitsrelevante Elemente in

155 S. dazu sogleich unter III.C.

156 Explanatory Memorandum, COM(2021) 206 final vom 21.4.2021, S. 11. Das Memorandum führt noch zahlreiche weitere betroffene Grundrechte auf, bis hin zum Umweltschutz.

157 Explanatory Memorandum, COM(2021) 206 final vom 21.4.2021, S. 14.

158 Explanatory Memorandum, COM(2021) 206 final vom 21.4.2021, S. 11.

159 S. dazu etwa Datenethikkommission, „Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung", 2019, S. 195, 207 f., abrufbar unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/Gutachten_DEK_DE.html;jsessionid=FF71C19934371EB93FE4A14E4C67E962.1_cid334?nn=11678504 (zuletzt abgerufen am 17. Mai 2021).

160 Explanatory Memorandum, COM(2021) 206 final vom 21.4.2021, S. 11.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - CC BY

Produkten ab,[161] die dem Produktsicherheitsrecht, insbesondere Konformitätsbewertungsverfahren, unterfallen, und zum anderen für stand-alone KI-Systeme auf einen umfangreichen Annex II.[162] Für beide Fallgruppen kommt es auf die beabsichtigte Verwendung an, nicht nur auf die konkrete Funktion, in der das KI-System verwendet wird.

Die erste Gruppe von produktsicherheitsrechtlichen Anforderungen nach Art. 6 Abs. 1 b) Annex II KI-VO-E zeichnet sich durch ein breites Spektrum von Richtlinien und Verordnungen aus, die allesamt auf dem *New Legislative Framework*, mithin den Konformitätsbewertungsverfahren beruhen, beginnend mit der (ebenfalls überarbeiteten) Maschinen-VO[163] über die Aufzugs-RL[164] bis hin zu den medizinproduktrechtlichen Verordnungen[165]. Daneben werden aber auch KI-Anwendungen als Sicherheitskomponenten in Produktsicherheitsvorschriften, die nicht dem Konformitätsbewertungsverfahren folgen, nach Art. 6 Abs. 1 a), Annex II, Section B KI-VO-E erfasst, darunter vor allem Kfz-Typengenehmigungsverfahren.

Die zweite Gruppe erfasst nach Art. 6 Abs. 2, Annex III KI-VO-E *stand-alone KI-Systeme*, die im Wesentlichen wichtige Sicherheitsaspekte, wie deren Einsatz im Bereich kritischer Infrastrukturen, oder auch Grundrechte betreffen können, wie KI-Systeme zur Bewertung von Schülern und Studen-

---

161 Dies u.a., um zu gewährleisten, dass nur sichere Produkte auf dem Binnenmarkt im Umlauf sind; wobei diese Sicherheit im digitalen Zeitalter auch bezüglich aller digitaler Komponenten wie KI gewährleistet sein soll, vgl. ErwGr 28 KI-VO-E.

162 Für ihre Einstufung als High-Risk-KI ist besonders relevant, ob sie angesichts ihres Verwendungszwecks ein hohes Risiko für die Gesundheit, Sicherheit oder die Grundrechte der Unionsbürger darstellen, wobei sowohl die Schwere des möglichen Schadens als auch die Wahrscheinlichkeit seines Eintretens zu berücksichtigen sind, vgl. ErwGr 32 KI-VO-E.

163 Richtlinie 2006/42/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Mai 2006 über Maschinen und zur Änderung der Richtlinie 95/16/EG, ABl. Nr. L 157/24 vom 9.6.2006, S. 24-86.

164 Richtlinie 2014/33/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Aufzüge und Sicherheitsbauteile für Aufzüge, ABl. Nr. L 96/251 vom 29.3.2014, S. 251-308.

165 Verordnung (EU) 2017/745 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über Medizinprodukte, zur Änderung der Richtlinie 2001/83/EG, der Verordnung (EG) Nr. 178/2002 und der Verordnung (EG) Nr. 1223/2009 und zur Aufhebung der Richtlinien 90/385/EWG und 93/42/EWG des Rates, ABl. Nr. 117/1 vom 5.5.2017, S. 1-175; Verordnung (EU) 2017/746 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2017 über In-vitro-Diagnostika und zur Aufhebung der Richtlinie 98/79/EG und des Beschlusses 2010/227/EU der Kommission, ABl. Nr. L 117/176 vom 5.5.2017, S. 176-332.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

ten, zur Auswahl und Beförderung von Arbeitnehmern oder dem Einsatz von *Scoring*-Systemen im Bereich essentieller privater oder öffentlicher Dienste, einschließlich des *Kreditscoring*-Systems (Annex III Nr. 5 b) KI-VO-E). Als hoch-riskante KI-Systeme besonders hervorgehoben werden vom Annex III Nr. 6 KI-VO-E solche Systeme, die im Bereich der strafrechtlichen Rechtspflege und Verfolgung von Straftaten eingesetzt werden, etwa des predictive policing[166], aber auch der Verwendung von KI-Systemen zur Aufdeckung von Straftaten.

(2) Anforderungen an hochriskante KI-Systeme

Der KI-VO-E folgt in seinem risikobasierten, im Produktsicherheitsrecht verankerten Ansatz letztlich ähnlichen Mustern, wie der jüngst vorgelegte Entwurf eines Digital Services Acts zu besonders großen Online-Plattformen oder wie schon früher finanzmarktrechtliche Regulierungen, indem abgestuft nach Risiken Risk- und Qualitätsmanagementsysteme sowie Transparenz- und Publizitätspflichten eingeführt werden. Der produktsicherheitsrechtliche Ansatz schlägt sich auch in den Vermutungswirkungen bei Einhaltung akzeptierter technischer Standards und den entsprechenden Konformitätsbewertungsverfahren nieder, mit denen die *EU-Kommission* hofft, einen flexiblen Ansatz realisieren zu können.

Nach Art. 9 KI-VO-E müssen alle hochriskanten KI-Systeme von einem Riskmanagementsystem flankiert werden, dessen Details durch Art. 9 Abs. 2 KI-VO-E vorgegeben werden. Zu den Elementen zählen nach Art. 9 Abs. 2 S. 2 KI-VO-E die bekannten Bestandteile eines Riskmanagementsystems, wie die Identifizierung und Einschätzung von möglichen Risiken sowie die Festlegung von Maßnahmen. Dabei soll das Riskmanagementsystem auch vorhersehbaren Missbrauch der KI-Systeme ebenso wie Daten aus der Produktbeobachtung nach Art. 61 KI-VO-E über zusätzliche Risiken einbeziehen. Hinsichtlich der erforderlichen Maßnahmen nach Art. 9 Abs. 2 S. 2 d) KI-VO-E macht Art. 9 Abs. 4 S. 1 KI-VO-E deutlich, dass keine hundertprozentige Sicherheit gefordert wird, sondern dass Restrisiken als „akzeptabel" eingestuft werden können. Dies wird durch Art. 9 Abs. 4 S. 3 b) KI-VO-E bekräftigt, wenn ausreichende Kontrollmöglichkeiten für Risiken gefordert werden, die nicht vollständig eliminiert werden können,

166 Zum Predictive Policing siehe *Sommerer*, „Personenbezogenes Predictive Policing, Kriminalwissenschaftliche Untersuchung über die Automatisierung der Kriminalprognose", 2020; *Härtel*, LKV 2019, 49; *Singelnstein*, NStZ 2018, 1.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

flankiert durch entsprechende Informationspflichten über solche Risiken und Training für Nutzer, Art. 9 Abs. 4 S. 3 c) KI-VO-E.

Art. 9 Abs. 4 S. 4 KI-VO-E hebt schließlich den Wissens-, Trainings- und Erfahrungshorizont der Nutzer einschließlich der Umgebung, in der die KI eingesetzt werden soll, hervor, um die Risiken zu eliminieren bzw. zu reduzieren. Besonderes Augenmerk schenkt der KI-VO-E zudem dem Testen der KI-Systeme, die nach Art. 9 Abs. 7 KI-VO-E spätestens vor der Markteinführung durchgeführt werden sollten; allerdings beschränkt Art. 9 Abs. 6 KI-VO-E die Testanforderungen auf den beabsichtigten Einsatzbereich der KI – Missbräuche etc. brauchen demnach nicht einbezogen werden.

KI-Systeme bedürfen des Trainings an Daten; daher ist es nicht verwunderlich, dass Art. 10 KI-VO-E sich ausdrücklich mit den Daten als Voraussetzung für KI-Systeme auseinandersetzt, insbesondere der „*Data Governance*“. Dazu gehören nach Art. 10 Abs. 2 KI-VO-E unter anderem die Wahl der Datensätze, der relevanten Annahmen, mögliche Voreinstellungen bzw. Ausrichtungen (*bias*) sowie die Identifizierung von möglichen Datenlücken und -mängeln. Art. 10 Abs. 3 und Abs. 4 KI-VO-E stellen eigentlich selbstverständliche Anforderungen an die Daten auf, wie ihre Repräsentativität, Vollständigkeit und Richtigkeit, ebenso wie die Berücksichtigung von örtlichen oder funktionalen Zusammenhängen, in deren Rahmen die KI-Systeme eingesetzt werden sollen.

Eine zentrale Rolle im gesamten Konzept der *EU-Kommission* spielen dabei die harmonisierten *technischen Standards*, die von der *EU-Kommission* in Auftrag gegeben werden, bei denen der Betreiber aber auch gleichwertige Lösungen entsprechend dem *New Legislative Framework* nachweisen kann, um die Konformität mit den Anforderungen einzuhalten. Damit will die *EU-Kommission* die erforderliche Flexibilität zur Bewältigung der Risiken erreichen, was naturgemäß davon abhängen wird, ob, wann und unter welchen Bedingungen derartige Standards entwickelt werden können.

Bekanntlich zeichnen sich KI-Systeme ferner durch das sog. Black-box-Problem[167] aus, indem die Nachvollziehbarkeit der von der KI erzeugten Ergebnisse unklar bleibt.[168] Um diesem Problem Rechnung zu tragen, ver-

---

167 Die AI High Level Expert Group, “A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines”, 18.12.2018, S. 6 definiert das Problem wie folgt: “The notion of black-box AI refers to such scenarios, where it is not possible to trace back to the reason for certain decisions”.

168 Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/*Niederée/Nejdl*, Künstliche Intelligenz und Robotik, Rechtshandbuch, 1. Aufl. 2020, § 2 Rn. 123; *Steege*, SVR 2021, 1, 4; *Zech*, ZfPW 2019, 198, 202; *ders.*, DJT 2020 Band I Gutachten, Teil A 11, A 33; *Dett-*

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

langt Art. 12 Abs. 1 KI-VO-E die Verwendung von Mechanismen zur Nachvollziehbarkeit, sog. *logging devices*. Insbesondere sollen die *logging devices* die Überwachung von Tätigkeiten der KI ermöglichen, aus denen Risiken nach Art. 65 Abs. 1 KI-VO-E resultieren können; auch sollen diese Mechanismen die Produktbeobachtungspflichten erleichtern, Art. 12 Abs 3 KI-VO-E iVm Art. 61 KI-VO-E. Besondere Anforderungen werden schließlich an biometrische Erkennungssysteme gestellt, Art. 12 Abs. 4 KI-VO-E.

Art. 14 KI-VO-E verlangt von hochriskanten KI-Systemen, dass sie ausreichend durch Menschen beaufsichtigt werden können, wenn die KI in Gebrauch ist, wobei die Aufsicht auf die Verhinderung oder Verringerung von Risiken für Gesundheit, Sicherheit oder die Grundrechte ausgerichtet ist und auch vorhersehbarer Missbrauch umfasst wird, Art. 14 Abs. 2 KI-VO-E. Dazu muss das KI-System entsprechende Maßnahmen vorsehen, etwa durch Mensch-Maschine-Schnittstellen, die entweder vom Betreiber von vornherein eingebaut oder für Nutzer zur Implementierung vorgesehen werden müssen. Art. 13 Abs. 4 KI-VO-E präzisiert die Anforderungen, indem verlangt wird, dass der menschliche Aufseher in der Lage sein muss, die Fähigkeiten und Grenzen des KI-Systems zu verstehen und dieses angemessen zu beaufsichtigen, insbesondere auf Fehlfunktionen unverzüglich zu reagieren. Ferner gehört dazu, dass der Mensch sich bewusst sein muss, dass die Gefahr einer *"automation bias"* besteht, mithin Empfehlungen der KI blind zu übernehmen. Auch soll der menschliche Aufseher in die Lage versetzt werden, jederzeit die Ergebnisse der KI-Systeme zu relativieren, ebenso wie den Betrieb der KI zu unterbrechen (panic button).

Art. 15 KI-VO-E verlangt ferner eine ausreichende Sicherheit und Genauigkeit der KI-Systeme. Hinsichtlich der Robustheit der Systeme lässt die KI-VO-E die genauen Anforderungen weitgehend offen, weist aber darauf hin, dass diese durch technische Maßnahmen wie Back-Up-Systeme oder *"fail-safe-plans"* erreicht werden können, Art. 15 Abs. 3 KI-VO-E. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass Art. 15 Abs. 3 S. 3 KI-VO-E auch die sog. *"feedback loops"* erfasst, in denen das selbstlernende System anhand seiner eigenen Ergebnisse praktisch auf eine Pfadabhängigkeit seiner Bewertungen gelangt; diese sollen durch geeignete Maßnahmen abgemildert (und damit nicht unbedingt verhindert) werden. Bezüglich der Cybersicherheit verlangt Art. 15 Abs. 4 KI-VO-E, dass KI-Systeme gegen Attacken unautorisierter Dritter gesichert sind, wobei auch die Manipula-

---

ling/Krüger, MMR 2019, 211, 212; *Kainer/Förster*, ZfPW 2020, 275, 279; *Linardatos*, ZIP 2019, 504, 504; *Borges*, NJW 2018, 977, 978, der allerdings von „autonomen Systemen" anstelle von „KI" spricht.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

tionen von *Trainingsdaten* oder die Verfälschung von Lernmodellen erfasst werden; im Rahmen der Konformitätsbewertungen bezieht die KI-VO-E dabei auch Zertifizierungen nach dem Cybersecurity Act ein, für die dann nach Art. 42 Abs. 2 KI-VO-E ebenfalls eine Vermutungswirkung eingreift.[169]

Art. 13 KI-VO-E enthält schließlich Instruktionspflichten und sieht zunächst in Art 13 Abs. 1 KI-VO-E vor, dass KI-Systeme so zu gestalten sind, dass sie ausreichend transparent sind, damit die Nutzer das System richtig verwenden und die Ergebnisse interpretieren können. Der eigentliche Schwerpunkt liegt indes auf den Instruktionen, die ein KI-System enthalten muss: Neben einer Generalklausel in Art. 13 Abs. 2 KI-VO-E enthält Art. 13 Abs. 3 KI-VO-E einen Katalog an nötigen Instruktionen, die sich vor allem auf den Grad an *Robustheit*, *Genauigkeit* und *Sicherheit*, auf den die KI hin getestet wurde, bezieht, ebenso wie auf Umstände, die darauf Einfluss haben können. Ferner müssen Informationen über Risiken für Gesundheit, Sicherheit oder Beeinträchtigungen von Grundrechten gegeben werden, die durch vorhersehbare Ereignisse im Rahmen des Zwecks der KI oder zu erwartendem Missbrauch eintreten können; bemerkenswert ist hier, dass Art. 13 Abs. 3 b) iii) KI-VO-E nicht zwischen den verschiedenen Grundrechten unterscheidet. Wichtig sind ferner die geforderten Informationen über die *Trainings*-, *Validations*- und *Testdaten*, die für die KI genutzt wurden, Art. 13 Abs. 3 b) v) KI-VO-E; nur so kann der Nutzer ermessen, auf welcher Grundlage die KI tatsächlich trainiert wurde. Schließlich muss auch über die Maßnahmen zur menschlichen Überwachung nach Art. 14 KI-VO-E informiert werden, Art. 13 Abs. 3 d) KI-VO-E.

B. Alternative: Soft Law und Selbstregulierungen?

Wie schon in einigen Rechtsakten anklang, etwa der AVMD-RL, wird oftmals auf Selbstregulierungen[170] und Kodices oder Einrichtungen der

169 Verordnung (EU) 2019/881 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über die ENISA (Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit) und über die Zertifizierung der Cybersicherheit von Informations- und Kommunikationstechnik und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 526/2013 (Rechtsakt zur Cybersicherheit), ABl. Nr. L 151/15 vom 7.6.2019, S. 15-69.

170 Ausf. zu den Facetten privater Regelsetzung durch Plattformen s. *Schweitzer*, ZEuP 2019, 1, 4 f.; *Mendelsohn*, MMR 2021, 857, 859 f.; in Bezug auf die (Selbst-) Regulierung von Influencern s. auch *Heins/Lefeldt*, MMR 2021, 126.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

„regulierten Selbstregulierung" (etwa im NetzDG) verwiesen, die sich die jeweiligen Branchen geben sollen. Die Vorteile eines solchen Ansatzes liegen auf der Hand, kann doch durch Selbstregulierung kosteneffizient[171] eine wesentlich höhere Akzeptanz[172] der gesetzten Regeln bei den Beteiligten erreicht werden, ebenso wie eine höhere Passgenauigkeit[173], da branchenspezifische Kodices auf die Besonderheiten der Betroffenen Rücksicht nehmen können – im Gegensatz zu einem notwendigerweise auf einer gewissen Abstraktionshöhe angesiedelten Gesetz. Gleichzeitig ist aber die Freiwilligkeit der Kodices ihre „Achillesferse": So wie das Beispiel der von der EU-Kommission 2016 angeregten Selbstverpflichtungserklärungen[174] gegenüber sozialen Netzwerkbetreibern gezeigt hat, die nur eine äußerst geringe Befolgungsquote[175] aufwiesen, hängt es gerade von den Anreizen in einer Branche ab (und ihren aus ihrer Perspektive bestehenden „Widerstandspotentialen" gegenüber staatlichen Regulierungen), ob derartige Kodices eine Chance auf Befolgung haben. So weit unmittelbare marktwirksame Anreize fehlen, etwa in Gestalt einer höheren Kundenzufriedenheit etc., sind die Anreize, derartige Kodices zu befolgen, eher gering oder nur auf die Erwartung angewiesen, damit härtere Eingriffe seitens staatlicher Stellen zu vermeiden.

---

171 *Buck-Heeb/Dieckmann*, „Selbstregulierung im Privatrecht", 2010, S. 224 ff.; *Hobt*, ZHR 161 (1997), 368, 398; *Lehmann*, GRUR Int. 2006, 123, 128.

172 *Buck-Heeb/Dieckmann*, „Selbstregulierung im Privatrecht", 2010, S. 223; *Brunner*, „Rechtsetzung durch Private: Private Organisationen als Verordnungsgeber", 1982, S. 116 f.; *Lehmann*, GRUR Int. 2006, 123, 125 f.

173 *Buck-Heeb/Dieckmann*, „Selbstregulierung im Privatrecht", 2010, S. 222 f.; *Eidenmüller*, ZGE 2007, 484, 488 f.; *Voegeli-Wenzl*, GRUR Int. 2007, 807, 812; aA. *Kirchhof*, ZGR 2000, 681, 689, der darauf abstellt, dass den Parlamenten als legitimierten Gesetzgeber entsprechendes Fachwissen zugänglich wäre.

174 „The EU Code of Conduct on countering illegal hate speech online", abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combatting-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_en (zuletzt abgerufen am 20. Dezember 2021).

175 Begr. RegE BT-Drs. 18/12356, S. 1 f., 11; S. auch den aktuellen Report von Jugendschutz.net, abrufbar unter https://www.jugendschutz.net/fileadmin/daten/publikationen/praxisinfos_reports/report_hate_speech_ein_europaeischer_vergleich.pdf (zuletzt abgerufen am 20. Dezember 2021); *Hoffmann-Riem*, AöR 142 (2017), 1, 39; *Wagner*, GRUR 2020, 329, 332; *ders.*, GRUR 2020, 447, 452.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

V. Vor- und Nachteile der verschiedenen Ansätze zur Regulierung

Zivilrechtliche Regulierungen setzen auf individuelle Anreize durch Klagen von Geschädigten, teilweise modifiziert durch die Möglichkeit von Verbands- und Sammelklagen. Allerdings sind diese Anreize bei sog. „small claims“, also geringfügigen Ansprüchen angesichts der prohibitiv hohen Kosten, um eine Klage einzureichen, eher gering, so dass gerade selbst bei massenhaften Verstößen „kleinerer Natur“ sich kaum ein Kläger finden wird, für den es sich lohnen würde, einen Schädiger vor Gericht zu bringen.[176] Zwar kann diesem Phänomen teilweise durch Sammelklagen oder Verbandsklagen Rechnung getragen werden, doch unterliegen auch Verbände wiederum ihren eigenen Anreizen, indem sie primär publikumswirksame Verfahren anstoßen werden.[177]

Zudem setzen zivilrechtliche Regulierungen immer auf die individuelle Schädigung des „Betroffenen“; oftmals beziehen sich aber Risiken für demokratische Prozesse und die Meinungsbildung auf Vorgänge, die nicht mit einer individuellen Schädigung einhergehen, sondern kollektive Interessen betreffen, etwa bei der Verbreitung von „fake news“ oder der Kuratierung von Inhalten und Meinungen mit Hilfe von KI-Systemen.

Hier vermögen grundsätzlich nur öffentlich-rechtliche Regulierungen Abhilfe zu schaffen, die eben keine individuelle Schädigung bzw. Aktion voraussetzen, sondern vielmehr quasi aus einer Makroperspektive systemische Risiken zum Gegenstand haben. Auch ist es dann nicht erforderlich, zunächst eine (drohende) Schädigung abzuwarten; vielmehr greift die öffentlich-rechtliche Regulierung schon im Vorfeld quasi „pro-aktiv“ ein und kann Missständen vorbeugend entgegenwirken.

Öffentlich-rechtliche (und auch strafrechtliche) Ansätze leiden dagegen vor allem unter dem Manko des nötigen Personaleinsatzes und der nur beschränkt verfügbaren Ressourcen, so dass die Wahrscheinlichkeit einer engmaschigen Überwachung entsprechend gering ausfällt. So ist etwa kaum anzunehmen, dass eine Aufsichtsbehörde ohne ein entsprechend sehr hohes Budget in der Lage sein wird, komplexe Algorithmen, erst recht gar selbst lernende KI-Systeme mit Hilfe von geeigneten Fachpersonal wird untersuchen können, wenn dieses ein Vielfaches an Gehalt auf der „Gegenseite“ geboten bekommt. Dieses Phänomen ist etwa aus der

176 BeckOK ZPO/*Lutz*, 42. Ed. 1.9.2021, ZPO § 606 Rn. 5.1; *Schaub*, JZ 2011, 13, 14 f.; *Weber*, VuR 2013, 323, 325; *Balke/Liebscher/Steinbrück*, ZIP 2018, 1321, 1323; *Gsell*, BKR 2021, 521, 522 f.

177 *Koch*, JZ 2011, 438, 442 f.; *Koch*, WuW 2013, 1059, 1069; *Stadler*, JZ 2018, 793, 801 f.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY

Finanzmarktbranche als Asymmetrie zwischen Finanzaufsichtsbehörden und Finanzmarktteilnehmern hinlänglich bekannt.[178]

Einher damit geht die Gefahr, dass eine Behörde „politisch gefangen" genommen wird (capture of agency-Theorie[179]), in dem Sinne, dass sie nur besonders öffentlichkeitswirksame Fragen bzw. Verfahren betreiben wird.

VI. Fazit

Das Bild der Verantwortlichkeit von Informations-Intermediären hat sich in den letzten zehn Jahren fundamental verändert: Standen zunächst noch die weitgehende Befreiung von jeder Verantwortlichkeit für Plattformen im Vordergrund, hat sich die Einstellung der Gesetzgeber gegenüber den Intermediären dahingehend entwickelt, dass diese als Gatekeeper und Schlüsselinstanzen in der Meinungsbildung wesentlich stärker in die Pflicht genommen werden. Ausdruck dieser neuen Regulierungsansätze sind aus nationaler Sicht das NetzDG und aus europäischer Sicht der Digital Services Act. Beiden Ansätzen ist gemein, dass sie auf die Bewältigung systemischer Risiken abzielen. Allerdings wird dies nicht allein durch das öffentliche Recht bzw. Aufsichtsbehörden gelingen, da diese nur punktuell Pflichten der Plattformbetreiber durchsetzen können; vielmehr bedarf es eines Steuerungsmix aus öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Instrumentarien, für die die Rechtsprechung bereits erste Ansätze bereitgestellt hat. In dieser Hinsicht bedürfen die europäischen Vorschläge des Digital Services Act und des AI Acts noch der zivilrechtlichen Ergänzung, auch wenn sie prinzipiell in die richtige Richtung weisen.

178 *Baur/Boegl*, BKR 2011, 177, 186; *Volz*, VW 2020, 74, 75; *Langenbucher*, EuZW 2020, 681, 682.

179 *Livermore/Revesz*, "Regulatory Review, Capture, and Agency Inaction", Georgetown Law Journal, Band 101 (2013), 1337; *Rose/Walker*, "Dodd-Frank Regulators, Cost-Benefit Analysis, and Agency Capture", Stanford Law Review Online, Band 66 (2013), 9.

https://doi.org/10.5771/9783748932741-75 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY