

Rechtsdurchsetzung im digitalen Staat durch Internetprovider – Rechtspolitische Anmerkungen zur Providerhaftung im Lichte des Unionsrechts

Ranjana Andrea Achleitner

I. Einleitung

Die aktuellen Entwicklungen in der Providerhaftung zeigen einen Trend in Richtung einer Ausweitung der Inanspruchnahme von Internetprovidern zur Rechtsdurchsetzung.¹ Da die Verantwortlichkeit von Intermediären mittlerweile maßgeblich durch EU-Recht bestimmt wird, widmet sich folgender Beitrag den unionsrechtlichen Vorgaben zur Rechtsdurchsetzung im digitalen Staat durch Internetprovider. Für ein effizientes Vorgehen gegen Rechtsverstöße im World Wide Web wird häufig nicht der direkte Weg gegen den unmittelbaren Rechtsverletzer gewählt, weil dies oftmals nicht im Verhältnis zu den Kosten steht und zudem aufgrund der Anonymität und Ubiquität des Internets sehr zeitintensiv ist. Alternativ werden daher Provider – zB *YouTube*, *eBay*, *Facebook* – zur Beseitigung von Rechtsverstößen herangezogen.² Darüber hinaus sehen sich auch Zugangsanbieter zum Internet (Access-Provider) vermehrt mit gerichtlichen Anordnungen zur Sperrung von Internetseiten konfrontiert.³

Tatsächlich stellen Provider in unserem digitalisierten Lebensraum ein zentrales Zugangsportal zu Informationen dar und sind zugleich Ausgangspunkt jeder Kommunikation im Internet. Wie Generalanwalt *Szpunar* in seinen Schlussanträgen in der Rs. *Glawischnig-Piesczek* in Anlehnung an den Film »The Social Network« anmerkt, wird im Internet nicht mit Bleistift, sondern mit Tinte geschrieben.⁴ Die Frage nach einem tauglichen

-
- 1 S. ausf. zu den Gründen hierfür *Frey*, Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzungen, 2018, S. 53 ff.
 - 2 S. hierzu jüngst das Vorabentscheidungsersuchen des BGH vom 6.11.2018, EuGH Rs. C-682/18 – *YouTube*.
 - 3 S. hierzu EuGH Rs. C-484/14 – Fadden, ECLI:EU:C:2016:689; EuGH Rs. C-314/12 – UPC Telekabel Wien, ECLI:EU:C:2014:192; s. bereits *Achleitner*, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt, 2020, S. 191 ff.
 - 4 Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge v. 4.6.2019 – Rs. C-18/18, Rn. 1 – *Glawischnig-Piesczek*, ECLI:EU:C:2019:458.

und rechtskonformen »elektronischen Tintenkiller« gegen Rechtsverletzungen sowie deren präventive Verhinderung ist derzeit Gegenstand von Diskussionen. Im Zentrum stehen dabei ua die Debatte über den »richtigen« Urheberrechtsschutz im digitalen Binnenmarkt und die Frage, wie gegen rechtsverletzende Inhalte im Internet, wie etwa Kinderpornografie, extremistische und gewaltverherrlichende Inhalte oder illegales Online-Glücksspiel, effizient vorgegangen werden kann.⁵

Das Haftungskonzept für Provider entstammte bis vor Kurzem EU-Sekundärrechtsakten, zu deren Entstehungszeitpunkt das ganze Ausmaß der Digitalisierung der Gesellschaft und der rasanten Entwicklung digitaler Technologien noch nicht ersichtlich war. Provider, wie etwa *Facebook* oder *YouTube*, haben sich in den letzten Jahren zu ursprünglich nicht vorstellbaren »Playern« des Internets entwickelt und es wird zunehmend diskutiert, ob das europäische Haftungssystem für das Internet (insbesondere die E-Commerce-Richtlinie⁶) noch zeitgemäß ist. Die Europäische Union hat mit der umstrittenen Haftungsregel des Art. 17 DSM-Richtlinie⁷ eine erste legislative Antwort hierauf entwickelt.

Der Trend einer starken Inpflichtnahme von Providern zur Rechtsdurchsetzung im Internet zeigt sich gleichermaßen auf nationaler Ebene. So werden etwa durch das jüngst erlassene Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG)⁸ soziale Netzwerke äußerst strikt in die Pflicht genommen, um gegen Hasskriminalität und Fake-News vorzugehen. Ebenso ist in Österreich eine Registrierungspflicht für Nutzer in Internetforen (»digitales Vermummungsverbot«) geplant, welches derzeit als Gesetzesentwurf vorliegt.⁹

5 Zu Internetsperren im Online-Glücksspiel s. ausf. Achleitner, Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt, 2020, S. 201 ff.; Leidenmühler ZTR 2013, 13 (13 ff.).

6 Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (»Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr«), ABl. 2000 L 178, 1, im Folgenden E-Commerce-RL bzw. ECLR.

7 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. 2019 L 130, 92, im Folgenden DSM-RL.

8 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken.

9 Ministerialentwurf betreffend Bundesgesetz, mit dem ein Bundesgesetz über Sorgfalt und Verantwortung im Netz erlassen und das KommAustria-Gesetz geändert wird, 134/ME XXVI. GP – Ministerialentwurf, https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVI/ME/ME_00134/index.shtml (Stand: 6.5.2020).

Im Zentrum des hier vorgestellten Rechtsproblems steht die Suche nach einer netzadäquaten Regulierung des digitalen Raums, im Rahmen derer sowohl die Souveränität des digitalen Staates als auch die Interessen aller beteiligten Parteien gewahrt bleiben. Es stellt sich sohin die bei Weitem nicht allein juristische Frage, ob eine derartige Verantwortungsverteilung im Internet, und die Übertragung der ursprünglich staatlichen Aufgaben der Rechtsdurchsetzung auf Provider, einen zulässigen und zweckmäßigen Lösungsansatz für die digitale Welt darstellen. Die folgenden Ausführungen sollen daher einen Beitrag zum wissenschaftlichen Diskurs über die Rechtsdurchsetzung im digitalen Staat unter Heranziehung von privaten Akteuren, diesfalls Internetprovider, leisten.

Das Providerhaftungssystem der EU wurde bereits in einer Reihe von Arbeiten umfassend und aus vielen Blickwinkeln erörtert;¹⁰ der Schwerpunkt der vorliegenden Untersuchung liegt in der rechtspolitischen Diskussion über den EU-Regelungsrahmen zur Durchsetzung von Recht im Internet, um sodann im Anschluss mögliche unionsrechtliche Entwicklungstendenzen herauszuarbeiten – nicht ohne zugleich neue Lösungsansätze zu erörtern.

II. E-Commerce-Richtlinie: Out of time?

Das Haftungssystem der EU¹¹ für Internetprovider wurde bisher insbesondere von Art. 12 bis 15 E-Commerce-RL (ECRL), Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL¹² sowie Art. 11 Enforcement-RL¹³ bestimmt.¹⁴ Die ECRL sieht in den Artikeln 12 bis 14 unter bestimmten Voraussetzungen eine Haftungsprivi-

10 S. nur jüngst *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2019; *Dinwoodie* (Ed.), Secondary Liability of Internet Service Providers, 2017; *Frey*, Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzungen, 2018; *Grisse*, Internetangebotssperren, 2018; *Kovacs*, Die Haftung des Host-Provider für persönlichkeitsverletzende Internetäußerungen, 2018; *Taddeo/Floridi* (Ed.), The Responsibilities of Online Service Providers, 2017.

11 Auch als Vermittlerhaftung bezeichnet.

12 Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. 2001 L 167, 10.

13 Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. 2004 L 157, 45.

14 Zu Gunsten einer ausführlichen rechtspolitischen Diskussion werden ausschließlich die Grundzüge des EU-Providerhaftungssystems im Überblick dargelegt; hier muss auf das diesbezüglich umfangreiche Schrifttum verwiesen werden.

legierung für Provider vor, wobei je nach Aufgabenbereich (dh Typus) des Providers unterschiedliche Privilegierungstatbestände zur Anwendung kommen. Im Falle von Host-Providern, wie etwa *Facebook*, tritt die Haftungsbefreiung ein, wenn der Provider keine Kenntnis von dem rechtswidrigen Inhalt hatte und unverzüglich tätig wird, sobald er Kenntnis von dem illegalen Inhalt erlangt hat (kognitive Komponente).¹⁵ Der Ausschluss einer Schadenersatzhaftung, dh ein Verantwortlichkeitsausschluss, wie er in der ECRL determiniert ist (»Safe Harbour«), führt im Konzept der EU-Vermittlerhaftung allerdings nicht automatisch zu einer gänzlichen »Befreiung« des Providers.¹⁶ Aus diesem Grund sind etwa Sperrverfügungen an Access-Provider zur Verwirklichung von Internetsperren unabhängig von deren Verantwortlichkeit, dh auch im Falle einer Privilegierung, möglich.¹⁷ Der Unionsgesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass ein Provider, indem er eine Infrastruktur im Internet bereitstellt, damit eine Gefahrenquelle bietet und daher auch hierfür einstehen soll.¹⁸ Das EU-Haftungssystem wird in der Literatur daher auch mit dem »cheapest cost avoider«-Ansatz in Verbindung gebracht.¹⁹ Art. 15 ECRL schließt im Übrigen eine – im Folgenden noch ausführlich zu diskutierende – allgemeine Überwachungspflicht von Diensten iSd ECRL aus.

III. Regulierung des digitalen Raums unter Heranziehung privater Akteure: Rezente Entwicklungen der Überwachungspflichten von Providern auf Ebene der EU

1. Art. 17 DSM-RL: Storm in a teacup?

Die Verantwortung von Providern im Zusammenhang mit Urheberrechtsverletzungen wurde jüngst durch die vehement kritisierte DSM-RL (EU) 2019/790 neu geregelt.²⁰ Die DSM-RL überträgt den Providern die – unbe-

15 Gem. Art 14 ECRL; s. nur ausf. Achleitner in Felten/Kofler/Mayrhofer ua (Hrsg.), *Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2019, 89 (96).

16 S. ausf. Frey, *Die Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzungen*, 2018, S. 83 ff.

17 S. ausf. Achleitner, *Territoriale Beschränkungen im digitalen Binnenmarkt*, 2020, S. 196 ff.; Grisse, *Internetangebotssperren*, 2018.

18 S. Ohly ZUM 2015, 308 (309).

19 S. ausf. Grisse, *Internetangebotssperren*, 2018, S. 58; Ohly ZUM 2015, 308 (309).

20 Angesichts der Fülle an wissenschaftlichen Arbeiten zu dieser Thematik liegt der Fokus der folgenden Ausführungen auf den Kernpunkten des Art. 17 DSM-RL.

strittene – Herkulesaufgabe, Urheberrechtsverletzungen gänzlich im Netz zu verhindern.²¹ Obgleich die finale Bestimmung des höchst umstrittenen Art. 17 der Richtlinie den Terminus »Uploadfilter« nicht mehr beinhaltet, ist davon auszugehen, dass diese bald Realität sein werden. Art. 17 regelt die Nutzung von geschützten Inhalten durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, die in Art. 2 Z 6 der Richtlinie als Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft definiert werden, die geschützte Inhalte, die von Nutzern hochgeladen wurden, speichern und der Öffentlichkeit zugänglich machen. Hierunter fallen zudem nur jene Diensteanbieter, welche die Inhalte organisieren und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewerben. Der Anwendungsbereich der Regelung umfasst sohin beispielsweise Plattformen wie *YouTube*. Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten sind nunmehr gem. Art. 17 Abs. 4 verantwortlich, wenn sie – unabhängig von ihrer Kenntnis – ohne Erlaubnis des Rechteinhabers urheberrechtlich geschützte Werke oder sonstige Schutzgegenstände öffentlich zugänglich machen (im Sinne einer Täterhaftung für unerlaubte Inhalte).

Art. 17 Abs. 3 schließt die Haftungsbefreiung des Art. 14 Abs. 1 ECRL in dieser Konstellation explizit aus, wodurch das bisherige Providerhaftungssystem der EU gravierend modifiziert wird.²² Das Bild des neutralen Vermittlers iSd ECRL hat in dieser Konstellation sohin keinen Platz mehr.²³

Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten sind lediglich in sehr engen Grenzen von ihrer Verantwortlichkeit befreit²⁴ – eine absolute Überwachungspflicht bleibt weiterhin ausgeschlossen.²⁵ Die in Abs. 4 angeführten Prüfpflichten des Diensteanbieters müssen kumulativ erfüllt sein, sodass dieser von einer Haftungsbefreiung profitiert. Die Formulierung des Abs. 4 lässt den Mitgliedstaaten mithin einen weitreichenden Umsetzungsspielraum.²⁶ Demnach muss der Diensteanbieter »alle Anstrengungen unternommen« haben, um eine Erlaubnis zu erlangen (Art. 17 Abs. 4 lit. a) und er muss zudem darlegen, dass er »nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen« hat, um sicherzustellen, »dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitge-

21 Becker ZUM 2019, 636 (637), spricht von einer »Mammutaufgabe«.

22 S. Dreier GRUR 2019, 771 (775); Gerpott MMR 2019, 420 (421), Wandtke/Hauck ZUM 2019, 627 (636); aA Hofmann GRUR 2019, 1219 (1222).

23 Daum MR 2019, 283 (286).

24 Abs. 6 sieht eine Ausnahme für neue Diensteanbieter vor.

25 S. hierzu bereits EuGH Rs. C-360/10 – SABAM/Netlog, ECLI:EU:C:2012:85.

26 Spindler CR 2020, 50 (58); Gielen/Tiessen EuZW 2019, 639 (639 ff.).

stellt haben, nicht verfügbar sind« (Art. 17 Abs. 4 lit. b). Weiters muss eine Rechtsverletzung »nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises« unverzüglich beseitigt werden, wobei die Rechteinhaber diese Hinweispflicht trifft, und es ist ebenso ein »künftiges Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern« (Art. 17 Abs. 4 lit. c). Die beiden letztgenannten Voraussetzungen werden sich nach derzeitigem Meinungsstand vorwiegend durch technische Maßnahmen, insbesondere Uploadfilter, bewerkstelligen lassen.²⁷

Provider sind im Anwendungsbereich der Richtlinie nunmehr nicht erst ab dem Moment der Kenntnisnahme einer Urheberrechtsverletzung verpflichtet einzuschreiten, sondern die Handlungspflicht wird vorverlagert, sodass proaktive und präventive Maßnahmen notwendig werden. Der Unionsgesetzgeber schreibt sohin nicht nur ein »notice and take down«²⁸ vor, sondern verlangt von Diensteanbietern ebenso ein »notice and stay down«. Eine Pflicht zur allgemeinen Überwachung wird in Art. 17 Abs. 8 allerdings ausdrücklich ausgeschlossen.

Kritiker dieser vorverlagerten Prüfmechanismen befürchten, dass durch die Bestimmung ein Overblocking erfolge, sodass hierdurch die Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer massiv eingeschränkt würde. Hierzu ist in Art. 17 Abs. 7 explizit klargestellt, dass Nutzer sich im Sinne einer Ausnahme auf Zitate, Kritik und Rezensionen stützen können sowie Inhalte zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiche weiterhin hochladen dürfen. Damit soll gem. ErwGr. 70 der Richtlinie den Grundrechten, insbesondere der Meinungsfreiheit, Freiheit der Kunst und dem Eigentumsrecht Rechnung getragen werden.

Außerdem schreibt die Richtlinie in Art. 17 Abs. 9 die Einrichtung eines wirksamen und zügig arbeitenden Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahrens vor. Ein solches kann jedoch stets ein bereits existierendes Overblocking beseitigen, jedoch nicht verhindern. Da die Richtlinie den Mitgliedstaaten aufgrund unscharfer Definitionen und Ausführungen einen durchaus großen Umsetzungsspielraum gewährt,²⁹ können die Mitgliedsländer einer unverhältnismäßigen und überbordenden Löschung von Inhalten

27 Hofmann GRUR 2019, 1219 (1220 ff.). YouTube verwendet bereits Filtertechnologien (Content ID).

28 Pravemann GRUR 2019, 783 (786), spricht von »notice-and-prevent«.

29 Insbesondere die Termini »große Menge an« und »alle Anstrengungen unternommen« lassen Interpretationsspielraum; Dreier GRUR 2019, 771 (776), sieht daher eine »Konkretisierungsbedürftigkeit der Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe in Art. 17 iVm Art. 2 Nr. 6 «; s. Giele/Tiessen EuZW 2019, 639 (641).

durch konkrete und eng gefasste Umsetzungsmaßnahmen entgegenwirken.³⁰

2. EuGH Rs. Glawischnig-Piesczek: KI völlig überschätzt?

Das Urteil des EuGH in der Rs. *Glawischnig-Piesczek*³¹ veranschaulicht sehr deutlich die derzeitige Linie der Europäischen Union in Bezug auf illegale Inhalte im Internet, wodurch Provider immer stärker in die Position eines Richters gezwungen werden.³² Der EuGH hat in vorliegender Rechtssache eine äußerst kontroversiell diskutierte Bewertung der Pflichten von Host-Providern im Rahmen der ECRL vorgenommen. Zunächst hat er – wenig überraschend – hierzu klargestellt, dass gem. Art. 15 Abs. 1 ECRL Host-Provider (diesfalls *Facebook*) weiterhin nicht grundsätzlich und allgemein verpflichtet werden dürfen, aktiv die Gesamtheit ihrer gespeicherten Inhalte zu überwachen oder illegale Inhalte zu suchen.³³ Der Art. 15 Abs. 1 ECRL ist jedoch in Verbindung mit ErwGr. 47 der Richtlinie zu lesen und daher ist eine Überwachungspflicht »in spezifischen Fällen« als zulässig anzusehen. Ein spezifischer Fall liegt für den EuGH ua dann vor, wenn eine vom Host-Provider gespeicherte Information von einem Gericht geprüft und als rechtswidrig beurteilt wurde.³⁴ Art. 15 leg. cit. bedeutet sohin nicht einen absoluten Ausschluss der Überwachungspflicht von Host-Providern. Der Gerichtshof erkennt mit dem vorliegenden Urteil damit an, dass das Wesen des Internets die reale Gefahr mit sich bringt, dass eine rechtswidrige Information zeitnahe abermals und von einem anderen Internetnutzer verbreitet wird. Daher sieht es der EuGH als legitim an, dass Host-Providern auferlegt werden kann, Kommentare zu löschen, die sowohl den wort- als auch sinngleichen Inhalt haben wie jene, die bereits für rechtswidrig befunden wurden. Der Gerichtshof geht damit nicht gänzlich von der »notice and take down«-Systematik der ECRL ab, dehnt jedoch den Umfang der »take down«-Verpflichtung maßgeblich aus.

Generalanwalt *Szpunar* schloss in seinen Schlussanträgen die Überwachung von sinngleichen Inhalten, die von anderen Nutzern stammen, explizit aus, denn eine solche würde »zu einer Zensur führen, so dass die

30 S. *Giele/Tiessen* EuZW 2019, 639 (646).

31 EuGH Rs. C-18/18 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

32 S. *Spindler* NJW 2019, 3274 (3275).

33 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 32 und 42 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

34 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 35 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

Meinungs- und Informationsfreiheit beschränkt werden könnte«³⁵, außerdem wäre dies zu kostspielig für Host-Provider.³⁶ Dieser Rechtsansicht, die eine »Schonung« von Host-Providern vorsieht, ist der Gerichtshof offensichtlich nicht gefolgt, denn für den EuGH beinhalten Informationen mit sinngleichem Inhalt »im Wesentlichen die gleiche Aussage«³⁷ wie jene Informationen, die für rechtswidrig erklärt wurden; sie sind jedoch leicht unterschiedlich formuliert.³⁸ Nur durch Einbeziehung derartiger Informationen in eine gerichtliche Verfügung könnte tatsächlich erreicht werden, dass eine rechtswidrige Handlung abgestellt und deren Wiederholung verhindert wird. Andernfalls müsste eine in ihren (Persönlichkeits-)Rechten verletzte Person eine Fülle an Gerichtsverfahren durchlaufen, um eine Abstellung der rechtswidrigen Handlungen zu erreichen. Die Ausdehnung der Löschpflicht für sinngleiche Inhalte soll sohin eine Umgehung von Unterlassungspflichten abwenden.³⁹

Damit ein Gleichgewicht zwischen den verschiedenen beteiligten Interessen geschaffen wird – wie es der ErwGr. 41 ECRL impliziert – darf der Schutz der Ehre einer Person allerdings »nicht durch eine übermäßige Verpflichtung des Hosting-Anbieters«⁴⁰ verwirklicht werden. Um dies zu gewährleisten, darf der Provider nach Rechtsansicht des EuGH jedoch nicht zu einer »autonomen Beurteilung«⁴¹ des Inhalts gezwungen werden. Daraus müssen die sinngleichen Informationen exakt angeführte »Einzelheiten umfassen, die in der Verfügung genau bezeichnet worden sind«⁴², wie etwa Name des Opfers und Umstände, unter welchen die Rechtsverletzung ermittelt wurde.⁴³

Das Konzept des EuGH der Löschpflicht von sinngleichen Inhalten ist äußerst vage formuliert und bedarf noch weiterer Präzisierung, die der Gerichtshof in diesem Urteil schuldig bleibt. *Spindler* stellt daher zu Recht in

35 Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge v. 4.6.2019 – Rs. C-18/18, Rn. 74 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:458.

36 Generalanwalt *Szpunar*, Schlussanträge v. 4.6.2019 – Rs. C-18/18, Rn. 74 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:458.

37 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 41 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

38 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 41 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

39 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 41 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821; s. *Spindler* NJW 2019, 3274 (3275).

40 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 41 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

41 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 45 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

42 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 45 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

43 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 45 – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

Frage, ob Provider durch diese Vorgaben des EuGH tatsächlich einer autonomen Entscheidung entbunden werden.⁴⁴

Die Frage der Zulässigkeit einer Verpflichtung zur weltweiten Lösung bzw. Überwachung von Informationen handelt der EuGH schließlich im letzten Teil seines Urteils äußerst kurz ab und bejaht diese aufgrund der Tatsache, dass aus Art. 18 Abs. 1 ECRL keine explizite territoriale Beschränkung hervorgeht. Der EuGH überlässt dies jedoch weitgehend den Mitgliedstaaten, die für die Einhaltung der diesbezüglichen einschlägigen (internationalen) Rechtsvorschriften Sorge zu tragen haben.⁴⁵ Die Aussage des Gerichtshofs bezüglich der weltweiten Wirkung von gerichtlichen Unterlassungsentscheidungen bedarf angesichts der komplexen kollisionsrechtlichen Thematik noch weiterer Präzisierung und wird sicherlich in Zukunft noch öfter Gegenstand von Diskussionen sein.

3. Richtlinie (EU) 2018/1808 zur Änderung der AVMD-RL: Konsequente policy line der EU

Durch die neue Richtlinie (EU) 2018/1808⁴⁶ zur Änderung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste 2010/13/EU (AVMD-RL) werden nunmehr Video-Sharing-Plattform-Dienste⁴⁷ explizit in den Anwendungsbereich der AVMD-RL einbezogen, sodass etwa *YouTube* und audiovisuelle Inhalte, die in sozialen Netzwerken geteilt werden, der Richtlinie unterliegen. Die neuen Vorschriften des Art. 28b dienen insbesondere dem Jugendschutz und sollen verhindern, dass im Internet zu Gewalt, Hass oder terroristischen Straftaten aufgerufen wird. Hierzu müssen die Anbieter derartiger Plattformen, die im Rahmen der ECRL zumeist als Host-Provider definiert werden, entsprechende Maßnahmen erlassen, die ua ein einfaches Meldestystem für illegale Inhalte umfassen. Die Richtlinie lässt die Vorschriften der ECRL in Art. 12 bis 15 unberührt und schließt explizit

44 Spindler NJW 2019, 3274 (3275).

45 EuGH Rs. C-18/18, Rn. 44 ff. – Glawischnig-Piesczek, ECLI:EU:C:2019:821.

46 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.

47 Zur Definition siehe Art. 1 lit. b der Richtlinie (EU) 2018/1808.

Ex-ante-Kontrollmaßnahmen und eine Filterung, die im Widerspruch zu Art. 15 ECRL stehen, aus.

Zwar führt die Reform der AVMD-RL zu keiner bahnbrechenden Änderung in der Verantwortung von Providern, allerdings wird hierdurch der Wille des Unionsgesetzgebers abermals bestätigt, die Regulierung des Internets mit Hilfe von Internetprovidern durchzusetzen.

4. Vorschlag für eine Verordnung zur Verhinderung terroristischer Online-Inhalte: Rechtsdurchsetzung in einer Stunde

Die äußerst rigide Linie der Europäischen Union gegenüber Providern in ihrer Aufgabe als »Hüter des Internets« schlägt sich auch im Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zur Verhinderung terroristischer Online-Inhalte⁴⁸ durch. In diesem wird Host-Providern eine umfangreiche Sorgfaltspflicht übertragen, die eine Löschpflicht von terroristischen Online-Inhalten innerhalb nur einer Stunde nach Erhalt einer behördlichen Entfernungsanordnung vorsieht. Zwar wurde der Terminus »proaktive Maßnahmen« des ursprünglichen Vorschlags der Kommission nunmehr durch »spezifische Maßnahmen« ersetzt, die Eine-Stunde-Regel wird jedoch technische Filter, dh Uploadfilter, erfordern.

Die äußerst kurze Löschfrist und die unklare Definition von terroristischen Inhalten werden heftig kritisiert, da hierdurch eine große Gefahr des Aufkommens von Kollateralschäden bestehe und etwa politisch wichtige Aufklärungsvideos über Terror bzw. Krieg in einem Overblocking gelöscht werden könnten.⁴⁹ Es wird sich zeigen, inwieweit insbesondere kleine Plattformen der äußerst kurzen Löschpflicht nachkommen werden, denn diese bedeutet zB die Notwendigkeit der Einrichtung eines 24-Stunden-Dienstes.

48 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, COM(2018) 640 final.

49 Etwa heftig kritisiert von der *digitalen Gesellschaft*, <https://digitalegesellschaft.de/2019/10/pressemitteilung-verordnung-gegen-terror-inhalte-die-nächsten-uploadfilter-kommen/> (Stand: 6.5.2020); s. hingegen Löber/Roßnagel MMR 2019, 17 (73 ff.), die aufgrund der ersten Transparentberichte zur Durchführung des NetzDG »eher« kein »häufiges und systematisches Over- und Underblocking« erkennen.

IV. Schlussbemerkung und rechtspolitische Diskussion

Das Internet schafft unbestritten neue Gefahrenlagen, die Regelungsinitiativen erfordern,⁵⁰ da herkömmliche Methoden – so überhaupt im Internet angewendet – Urheberrechtsverletzungen, Hasspostings, Cybermobbing oder Kinderpornografie nicht zu fassen vermögen. Aus dem eben Dargestellten ergibt sich sohin die – über die Rechtswissenschaften hinausgehende – Frage nach den Grenzen der Freiheit des Internets bzw. der Meinungs- und Informationsfreiheit. Gebührt tatsächlich dem Stärkeren in der digitalen Welt der Vortritt? In diesem Kontext wird zumeist die Parole »Das Internet darf kein rechtsfreier Raum sein!« bemüht. Hier sei angemerkt, dass das Internet niemals ein rechtsfreier oder rechtsfolgenfreier Raum war. Urheberrechtsverletzungen sind und waren sowohl in der Offline- als auch Online-Welt untersagt. Es hat sich jedoch gezeigt, dass die staatliche Regulierung in der Durchsetzung des Rechts im Internet gravierend an ihre Grenzen stößt und Durchsetzungsdefizite des Rechts überall im Internet verortet werden können. Zudem wurden die derzeit bestehenden urheberrechtlichen Regelungen schlichtweg nicht für die digitale Welt geschaffen. Der digitalisierte Staat braucht sohin neue Antworten und Lösungsansätze, um die Rechtsdurchsetzung im Cyberspace effektiv zu gestalten.

Neben diesen Überlegungen gilt es außerdem ganz grundsätzlich zu diskutieren, inwieweit sich das Rechtsbewusstsein der Nutzer im Rahmen ihrer Handlungen im Internet von jenem in der »realen« Offline-Welt unterscheidet und wie das »digitale Ich«⁵¹ in der Cyberwelt sohin zu definieren ist.⁵² Denn die Rechtsdurchsetzung im Internet wird immer nur so effizient sein, wie sie auch von der (digitalen) Gesellschaft mitgetragen wird.

Wie viel Technik und Privatisierung in der Rechtsdurchsetzung verträgt der digitale Staat? So divergierend die Antworten hierauf in der Politik, Wissenschaft und Bevölkerung auch ausfallen mögen, es bedarf ganz offensichtlich einer netzadäquaten und adaptierten Rechtsdurchsetzung, im Rahmen derer die Souveränität des (digitalen) Staates gewahrt bleibt. *Lawrence Lessig*, Professor an der Harvard Law School, hat bereits vor Jahren mit dem Irrglauben aufgeräumt, der Cyberspace sei aufgrund seiner Struktur nicht regulierbar. Denn, so *Lessig*, das Internet habe keine Natur, son-

50 Vgl. *Thiel*, Die »Entgrenzung« der Gefahrenabwehr, 2011, S. 9.

51 *Kamis* in Buhr/Hammer/Schölzel, Staat, Internet und digitale Gouvernementalität, 2018, 105 (205).

52 *S. Kamis* in Buhr/Hammer/Schölzel, Staat, Internet und digitale Gouvernementalität, 2018, 105 (205).

dern bestehe aus einem Code und dieser sei selbstverständlich variabel.⁵³ »Our choice is not between ‚regulation‘ and ‚no regulation‘. The code regulates.«⁵⁴ Eine Abkehr vom staatlichen Eingriff im Internet stellt für ihn daher keine Lösung dar; ganz im Gegenteil konstatiert er nüchtern: »To push the antigovernement button is not to teleport us to Eden. When the interests of government are gone, other interests take their place.«⁵⁵ Die provokante Feststellung *Schlieskys*, dass etwa durch das NetzDG eine Verschiebung der digitalen Souveränität weg vom Staat hin zu Konzernen stattfindet, ist nach hier vertretener Ansicht vorwiegend als Weckruf zu verstehen.⁵⁶

Angesichts des ubiquitären Charakters des Internets ist es nur konsequent einen gemeinsamen europäischen Regulierungsrahmen hierfür zu schaffen – noch besser wäre selbstredend ein internationales Arrangement. Die Europäische Union befindet sich derzeit auf der Suche nach einem adaptierten Regelungsarrangement für das Internet und steht hierbei vor der großen Herausforderung, dem Vorwurf der Zensur entgegenzuwirken. Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Europäische Union, indem sie die Inanspruchnahme von Providern forciert, eine Privatisierung der Rechtsdurchsetzung im digitalen Raum institutionalisiert.⁵⁷ Es ist sohin der Weg zu einer privaten Regulierung von Internetinhalten beschritten, weshalb in diesem Kontext auch von einer Entstaatlichung und Privatisierung der digitalen Öffentlichkeit gesprochen wird. Providern wird durch die oben dargestellten neuen EU-Regelungen nicht nur der Vollzug, sondern auch die Entscheidungskompetenz übertragen. Zudem fehlen hierbei klare Legaldefinitionen in den Legislativakten, wodurch den Providern ebenso ein großer Auslegungs- und Ermessensspielraum überlassen wird.

In Deutschland werden mit dem NetzDG soziale Netzwerke dazu verpflichtet, selbstständig Inhalte aufgrund einer Beschwerde zu prüfen und diese gegebenenfalls als rechtswidrig einzustufen.⁵⁸ Der Inhalt des Gesetzes

53 Lessig Harvard Magazine 2000, <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> (Stand: 6.5.2020); s. dazu ebenso Lessig, Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0, 2006.

54 Lessig Harvard Magazine 2000, <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> (Stand: 6.5.2020).

55 Lessig Harvard Magazine 2000, <https://harvardmagazine.com/2000/01/code-is-law-html> (Stand: 6.5.2020).

56 S. *Schliesky* NVwZ 2019, 693 (694).

57 Vgl. *Guggenberger* NJW 2017, 2577 (2582), aA *Hofmann* ZUM 2019, 617 (622).

58 Es wird daher im Kontext des NeztDG oftmals von einer (zumindest rudimentären) Selbstregulierung gesprochen.

wurde bereits eingehend in einer Reihe von Literaturbeiträgen thematisiert,⁵⁹ weshalb hier ausschließlich auf die europarechtlich relevanten Hauptkritikpunkte eingegangen werden soll. Die Vorgabe des NetzDG, »offensichtlich rechtswidrige Inhalte« innerhalb von 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde zu löschen bzw. zu sperren,⁶⁰ wird in der Literatur zu Recht als europarechtswidrig eingestuft.⁶¹ Zum einen liegt die Rechtswidrigkeit eines Inhalts nicht immer offensichtlich auf der Hand und es bedarf hierbei regelmäßig einer juristischen Abwägung,⁶² die nunmehr den Providern auferlegt wird. Zum anderen legt das NetzDG durch die Vorschreibung einer 24-Stunden-Frist den Terminus »unverzüglich« des Art. 14 Abs. 1 lit. b ECRL äußerst eng aus, wodurch eine Unionsrechtskonformität anzuzweifeln ist.⁶³ Es ist sohin *Schwartmann* zuzustimmen, wenn er eine Flexibilisierung der Frist im NetzDG durch die Wendung »in der Regel« vorschlägt.⁶⁴ Die Europäische Union beschreitet indes mit dem Vorschlag für eine Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Inhalte⁶⁵ einen nicht minder rigiden Weg hinsichtlich der Löschfrist für Provider, die gem. Art. 4 des Vorschlags einer Entfernanordnung innerhalb einer Stunde nachkommen müssen.⁶⁶ Ein weiterer Kritikpunkt am NetzDG liegt in den unspezifischen Vorgaben zur Bewertung von nicht offensichtlich rechtswidrigen Inhalten.⁶⁷ Darüber hinaus wird weitgehend einstimmig in der Fachliteratur ein Verstoß gegen das Her-

59 S. nur *Adelberg*, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke (2019) S. 105 ff.; *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), *Netzwerkrecht* (2018); *Guggenberger* NJW 2017, 2577; *Löber/Roßnagel* MMR 2019, 71; *Nolte* ZUM 2017, 552; *Peukert* MMR 2018, 572; *Schliesky* NVwZ 2019, 693; *Spindler* ZUM 2017, 473; *Spindler* GRUR 2018, 365.

60 § 3 NetzDG.

61 S. nur *Guggenberger* NJW 2017, 2577 (2579); *Nolte* ZUM 2017, 552 (561); *Schwartmann* GRUR-Prax 2017, 317 (318).

62 S. ausf. *Nolte* ZUM 2017, 552 (556 ff.).

63 S. *Spindler* ZUM 2017, 473 (479); *Spindler* GRUR 2018, 365 (370); *Schwartmann* GRUR-Prax 2017, 317 (318); *Guggenberger* NJW 2017, 2577 (2579).

64 S. *Schwartmann* GRUR-Prax 2017, 317 (318).

65 S. Ausführungen oben.

66 S. zudem die Empfehlung (EU) 2018/334 der Kommission, ABl. L 63/50, worin ebenso eine Ein-Stunden-Regel festgehalten wird und nahegelegt wird, proaktiv, dh mit Uploadfiltern, illegale Inhalte aufzuspüren und zu beseitigen (s. Factsheet, MEMO/18/1170).

67 S. nur *Schwartmann* GRUR-Prax 2017, 317 (317 f.); *Nolte* ZUM 2017, 552 (556 ff.).

kunftslandprinzip der ECRL verortet, da sich der Anwendungsbereich des NetzDG auch auf Netzwerke außerhalb Deutschlands erstreckt.⁶⁸

Das NetzDG zwingt Provider, über komplexe Rechtsfragen in kürzester Zeit zu entscheiden und hierbei zudem eine Grundrechteabwägung vorzunehmen. Maßgebliche Entscheidungen und Abwägungen werden sohin auf sie abgewälzt und es wird hierfür jedenfalls sachverständiger Juristen als Prüfer bedürfen, um ein Overblocking aus Angst vor hohen Bußgeldzahlungen zu vermeiden und die Meinungsfreiheit der Internetnutzer weiterhin zu gewährleisten.⁶⁹ Zwar hat die Europäische Kommission das NetzDG in dem vorgeschriebenen Verfahren für derartige nationale Gesetze notifiziert, doch bleibt abzuwarten, ob der EuGH die vom deutschen Gesetzgeber vorgenommene Auslegung der ECRL ebenso gutheißt. Die derzeitige harte Linie der Europäischen Union in Bezug auf Persönlichkeits- und Urheberrechtsverletzungen im Internet lässt jedoch darauf schließen, dass das NetzDG in seinen Grundzügen weiterhin Bestand haben wird.⁷⁰

Provider übernehmen in derartigen Konstellationen sohin Aufgaben eines Richters⁷¹ bzw. sind sie zu Regulierungsbehörden mutiert, ihnen stehen jedoch nicht jene Ermittlungsverfahren zur Verfügung, die etwa Gerichte regelmäßig durchführen. Zudem sind Provider keine demokratisch legitimierten Einrichtungen, die als völlig neutrale Akteure handeln. Ebenso sei an dieser Stelle angemerkt, dass sich der derzeit bestehende Rechtsrahmen an menschliche Rechtsanwender richtet und auch deshalb eine technische Durchsetzung Fehler mit sich bringen könnte.⁷²

Der privaten Rechtsdurchsetzung – insbesondere im Internet – wird der Vorteil der Flexibilität, der geringen Reaktionszeit und des möglichen Kostenvorteils für den Staat nachgesagt.⁷³ So stellt für Köndgen die Inanspruchnahme von Privaten »kein Manko des staatlichen Rechts, sondern im Gegenteil eine unentbehrliche Vorbedingung seiner sozialen Lernfähigkeit«⁷⁴

68 S. nur Nolte ZUM 2017, 552 (556 ff.); Spindler GRUR 2018, 365 (367 ff.); Guggenberger NJW 2017, 2577 (2581 f.); Adelberg, Rechtspflichten und -grenzen der Betreiber sozialer Netzwerke, 2019, S. 113 ff.

69 Zu den Transparentberichten iRd NetzDG Löber/Roßnagel MMR 2019, 71.

70 Das NetzDG wurde kürzlich durch das Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität novelliert. Hierdurch wurde ua ein Gegenvorstellungsverfahren (Put-Back-Verfahren) eingeführt.

71 Vgl. Yannopoulos in Taddeo/Floridi (Ed.), The Responsibilities of Online Service Providers, 2017, 43 (54 ff.).

72 S. Becker ZUM 2019, 636 (643 ff.).

73 Köndgen AcP 206 (2006), 477 (512).

74 Köndgen AcP 206 (2006), 477 (513).

dar, denn »[j]e komplexer die Welt, desto weniger wird es dem Staat und dem politischen System gelingen, den Wissensvorsprung der Fachleute einzuholen und das ‚technisch‘ richtige Regelinstrumentarium selbst vorzuhalten«⁷⁵.⁷⁶ Das Ziel des EuGH lag in der Rs. *Glawisch-nig-Piesczek* ganz offensichtlich darin, Opfern eine rasche und effiziente Hilfe zu verschaffen. Dies sah das Oberlandesgericht Wien noch anders, indem es feststellte, dass die Klägerin ohnehin »von dritter Seite rasch aufmerksam gemacht werden [kann], sodass sie mit wesentlich geringerem Aufwand der Beklagten von sinngleichen Beleidigungen Meldung erstatten und die Entfernung des Eintrags verlangen kann«⁷⁷. Auch die Europäische Kommission bewertete Filter- und Sperrmaßnahmen durch Provider in ihrem Bericht zur Anwendung der ECRL noch äußerst kritisch aufgrund deren leichten Umgehungsmöglichkeiten, wodurch eine Löschung von legalen Inhalten nicht vermieden werden könnte, »was einen Verstoß gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung bedeuten würde«⁷⁸.

Die Delegation der Rechtsdurchsetzung an Provider birgt selbstredend Gefahren in sich, weshalb die Maßnahmen der Provider einer strengen Kontrolle bedürfen. Dem Einzelnen, der sich durch Provider in seinen Rechten beschnitten fühlt, muss daher ein rechtsstaatliches Verfahren zur Verfügung stehen – eine Beschwerdemöglichkeit, die sich direkt an Provider richtet, darf daher lediglich die erste Anlaufstelle darstellen.⁷⁹ So liegt die Letztverantwortlichkeit im Rahmen der Maßnahmen des Art. 17 DSM-RL gemäß den darin enthaltenen Vorgaben ohnehin beim Staat. Es stellt sich allerdings die Frage, inwieweit Gerichte schließlich tatsächlich mit unzulässigen Filterungen befasst sein werden.⁸⁰ Überdies entscheiden die Gerichte stets über den spezifischen Fall, sodass eine grundsätzliche und umfassende Überprüfung der Löschpraktiken von Providern hierdurch nicht gänzlich gewährleistet wird. Überlegenswert ist daher die Einrichtung einer Kontrollinstitution auf EU-Ebene (etwa eine EU-Agentur), die Be-

75 Kündgen AcP 206 (2006), 477 (513).

76 S. Dürr in Zäch/Breining-Kaufmann/Breitschmid ua (Hrsg.), *Individuum und Verband: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006*, 397 (397 ff.).

77 OLG Wien 26.4.2017, 5 R 5/17t, 20.

78 Bericht der Kommission über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG, KOM/2003/0702 endg., 16, FN 73.

79 Zum Anspruch auf Schrankendurchsetzung gegen Provider s. *Spindler* CR 2020, 55 (57); s. ebenso hierzu *Hofmann* GRUR 2019, 1219 (1227).

80 Vgl. *Hofmann* GRUR 2019, 1219 (1223); zu einer möglichen Ausgestaltung von Verfahrensrechten in der nationalen Umsetzung *Spindler* CR 2020, 50 (58).

schweren zentral organisiert oder zumindest überwacht, sodass eine verbesserte Regulierungsstruktur gegeben ist.

Kritiker sehen Uploadfilter mit großer Fehleranfälligkeit behaftet, zudem sei eine automatisch durchgeführte Rechtsdurchsetzung nicht mit den Grundrechten vereinbar und so würden insbesondere durch das Vorsortieren der Inhalte durch die Plattformbetreiber die Meinungsfreiheit und mediale Vielfalt beschnitten.⁸¹ Provider beeinflussen durch die Filterung von Inhalten bzw. Internetsperren die Möglichkeit der Ausübung der Grundrechte durch Internetnutzer,⁸² und deren Handlungen führen sohin zu grundrechtlich relevanten Gefahrenlagen. Unbestritten ist im Kontext der gesetzlichen Vorgaben zur Rechtsdurchsetzung mittels Provider ein Grundrechteingriff durch den Staat zu prüfen. Darüber hinaus gilt es zu diskutieren, ob ebenso Internetprovider (dh Private) durch Grundrechte verpflichtet werden können bzw. sollten.⁸³ Im Schriftum wird eine echte Drittirkung von Grundrechten überwiegend ablehnend behandelt, eine mittelbare Wirkung dieser hingegen grundsätzlich bejaht. Grundrechte strahlen sohin nach hM jedenfalls auf die Ausgestaltung und Anwendung von Rechtsnormen aus, sodass »eine Mediatisierung der Grundrechte durch die Normen des Privatrechts«⁸⁴ besteht.⁸⁵ Während eine darüber hinausgehende Wirkungskraft der Grundrechte – abgesehen von einer Ausdehnung der mittelbaren Drittirkung⁸⁶ – auf nationaler Ebene sohin äußerst strittig ist, zeigt sich der EuGH in seiner jüngsten Rechtsprechung hinsichtlich der Bindung Privater an die Charta der Grundrechte (GRC) weit offener. Gleichsam finden sich im wissenschaftlichen Diskurs zuneh-

81 S. hierzu auch die Forderung nach einer »Charta der digitalen Grundrechte der EU«, <https://digitalcharta.eu/> (Stand: 6.5.2020).

82 S. ausf. Wiersch ZGE 10 (2018), 1 (2 ff.).

83 Eine umfangreiche Analyse der Grundrechtsbindung Privater kann an dieser Stelle nicht geleistet werden, weshalb die Überlegungen hierzu kuriosisch bleiben müssen; ausf. Knebel, Die Drittirkung der Grundrechte und -freiheiten gegenüber Privaten, 2018; zur EuGH-Judikatur *Kopetzki* in Kopetzki/Lanser/Leitner ua (Hrsg.), Autoritäres vs Liberales Europa, 2019, 287 (287 ff.).

84 S. Hengstschläger/Leeb, Grundrechte, 2019, Rn. 1/73 ff.

85 S. ausf. Schliesky/Hoffmann/Luch/Schulz/Borchers, Schutzpflichten und Drittirkung im Internet, 2014, S. 61 ff.

86 Zu einer gesteigerten mittelbaren Grundrechtsbindung für bestimmte Grundrechte Mayen ZHR 182 (2018) 1 (3 ff.); Jobst NJW 2020, 11 (12 ff.); zu einer situationsbedingten unmittelbaren Grundrechtsbindung unter Zugrundelegung der Entscheidung des BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018 (1 BvR 3080/09).

mend Befürworter nicht nur einer mittelbaren,⁸⁷ sondern ebenso einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater iRd GRC,⁸⁸ die für zumindest ausgewählte Grundrechte gelten soll.⁸⁹ Auch wollen einige die Horizontalwirkung von Grundrechten durch die EuGH-Judikatur zu den Grundfreiheiten, in welcher insbesondere für die Arbeitnehmerfreiheit eine Drittewirkung fallweise bejaht wird, bestätigt sehen.⁹⁰ Dass Art. 51 GRC Private nicht ausdrücklich als Verpflichtete erwähnt und die EMRK eine Drittewirkung ausschließt, stellt alleine noch keinen Grund für die Ablehnung einer solchen dar.⁹¹ Die aktuelle Rspr. des EuGH zeigt deutlich, dass der Gerichtshof eine (direkte) Drittewirkung von Grundrechten nicht kategorisch ablehnt. In der Rs. *Egenberger* befand der EuGH dazu, dass Art. 21 GRC »sich in seiner Bindungswirkung grundsätzlich nicht von den verschiedenen Bestimmungen der Gründungsverträge, die verschiedene Formen der Diskriminierung auch dann verbieten, wenn sie aus Verträgen zwischen Privatpersonen resultieren«⁹², unterscheidet. In diesem Sinne stellt der EuGH in der Rs. *Bauer* klar, »dass Art. 51 Abs. 1 der Charta keine Regelung darüber [trifft], ob Privatpersonen gegebenenfalls unmittelbar zur Einhaltung einzelner Bestimmungen der Charta verpflichtet sein können, und kann demnach nicht dahin ausgelegt werden, dass dies kategorisch ausgeschlossen wäre«⁹³. Damit ebnet der EuGH den Weg in Rich-

87 S. ausf. *Jarass* in *Jarass*, GRC, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 31 ff.; *Folz* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*, GRC, 2. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 15 ff.; *Schwerdfeger* in *Mayer/Holscheidt*, GRC, Aufl. 2019, Art. 51 Rn. 75 ff.; *Borowsky* in *Mayer*, GRC, 3. Aufl. 2011, Art. 51 Rn. 31; *Ladenburger/Vondung* in *Stern*, GRCh, 2016, Art. 51 Rn. 16; *Schwarze/Hatje*, GRC, 4. Aufl., 2019, Art. 51 Rn. 22; *Frankfurter Kommentar/Pache*, GRC, 2017, Art. 51 Rn. 38. Zu Provider s. nur *Kovacs*, die Haftung der Host-Provider für persönlichkeitsverletzende Internetäußerungen, 2018, S. 46 f.; *Grisse*, Internetangebotssperren, 2018, S. 70 ff.

88 *Schwarze/Hatje* GRC, 4. Aufl., 2019, Art. 51 Rn. 22.

89 Genannt werden hier beispielsweise Art. 30 bis 32 GRC; *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, 5. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 21.

90 *Osing*, Die Netzneutralität im Binnenmarkt, 2017, S. 229 ff.; aufgeschlossen *Kainer* NZA 2018, 894 (894 ff.); *Jobst* NJW 2020, 11 (14 ff.); *Kopetzki* in *Kopetzki/Lanser/Leitner* ua (Hrsg.), *Autoritäres vs Liberales Europa*, 2019, 287 (311 ff.).

91 EuGH verb. Rs. C-569/16 und C-570/16, Rn. 89 – *Bauer*, ECLI:EU:C:2018:871; s. *Kingreen* in *Callies/Ruffert*, 5. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 21; aA *Ehlers* in *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2014, S. 513 (553 f.); *Schwarze/Hatje* GRC, 4. Aufl., 2019, Art. 51 Rn. 22; *Frankfurter Kommentar/Pache*, GRC, 2017, Art. 51 Rn. 38; aA *Folz* in *Vedder/Heintschel von Heinegg*, GRC, 2. Aufl. 2018, Art. 51 Rn. 15 ff.

92 EuGH Rs. C-414/16, Rn. 77 – *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257.

93 EuGH Rs. C-414/16, Rn. 87 – *Egenberger*, ECLI:EU:C:2018:257.

tung einer unmittelbaren Drittirkung der Grundrechte der GRC, deren Umfang derzeit noch nicht abzuschätzen ist.⁹⁴ In Anbetracht der starken (Macht-)Position von Providern im Internet und ihrer »beherrschenden Stellung in Bezug auf eine Infrastruktur«⁹⁵, wodurch »das Gleichgewicht der Kräfte und damit eine echte Privatautonomie ohnehin nicht gegeben sind«⁹⁶, erscheint eine spezifische Anwendung von bestimmten Grundrechten im Verhältnis zwischen Providern und Internetnutzern als ein möglicher Lösungsansatz.⁹⁷ *Wielisch* schlägt daher vor, grundsätzlich »die staatszentrierte Dogmatik der Grundrechtswirkung zu überdenken«⁹⁸. Die Gefahr einer zu starken Beschneidung der Freiheitssphären des Einzelnen und zu starken Einbußen in der Privatautonomie spricht allerdings gegen eine allgemeine Horizontalwirkung von Grundrechten.⁹⁹ Die Tragweite einer spezifischen und situationsabhängigen unmittelbaren, oder zumindest verstärkt mittelbaren,¹⁰⁰ Drittirkung im Zusammenhang mit strukturell starken Intermediären wird – nicht zuletzt angesichts der diesbezüglichen aktuellen Judikatur des EuGH – noch einer eingehenden Diskussion bedürfen. Ein schlichter Verweis auf die klassische Grundrechtsdogmatik der letzten Jahrzehnte ist im Hinblick auf den äußerst gravierenden Einfluss von Internetproviders auf unser aller Leben nicht angezeigt.

Hinsichtlich der Anwendung von Uploadfiltern wird zumeist der Begriff der Zensur ins Spiel gebracht. Zuvorderst gilt es zu diskutieren, ob automatisierte semantische Filter, die von Algorithmen abhängig sind, tatsächlich effizient arbeiten oder ob Filter in ihrer Leistung überschätzt werden. Kann es die Technik tatsächlich besser?

Es stellt sich insbesondere die in weiteren empirischen Studien zu untersuchende Frage, ob künstliche Intelligenz tatsächlich im Stande ist, sinngleiche Inhalte zu erkennen, ohne hierbei eine große Fehleranfälligkeit aufzuweisen. Denn anders als bei urheberrechtlich geschützten Inhalten stehen etwa bei Hasspostings automatisierte Filter vor der großen He-

94 Ausf. dazu *Kopetzki* in *Kopetzki/Lanser/Leitner ua* (Hrsg.), *Autoritäres vs Liberales Europa*, 2019, 287 (302 ff.); *Kainer* NZA 2018, 894 (894 ff.).

95 *Osing*, Die Netzneutralität im Binnenmarkt, 2017, S. 229 ff.

96 *Osing*, Die Netzneutralität im Binnenmarkt, 2017, S. 229 ff.

97 Bejahend aber nicht ohne Kritik *Krainer* NZA 2018, 894 (894 ff.); *Wielisch* ZGE 10 (2018), 1 (33 f.).

98 *Wielisch* ZGE 10 (2018), 1 (34).

99 *S. Krainer* NZA 2018, 894 (899).

100 Im Schrifttum wird vermehrt auf die verschwimmenden Grenzen zwischen mittelbarer und unmittelbarer Drittirkung verwiesen, so etwa *Jarass* in *Jarass, GRC*, 3. Aufl. 2016, Art. 51 Rn. 36.

rausforderung, diese von Zitaten oder einer Satire zu differenzieren – oftmals selbst für Menschen bzw. Gerichte eine heikle Angelegenheit.¹⁰¹

Der Einsatz derartiger Filter führt zu einem präventiven Einschreiten und damit steuert die Regulierung des Internets auf eine Gefahrenvorsorge im Sinne einer Risikoprophylaxe zu.¹⁰² Dies wird etwa von Becker kritisiert, da hierdurch die Freiheit, rechtswidrig handeln zu können, eingeschränkt werden würde und es zu einer »Ablösung von Freiheit durch technisch gewährleistete Sicherheit«¹⁰³ komme.¹⁰⁴ So würde damit der zivile Ungehorsam unmöglich gemacht.¹⁰⁵ Dem Argument des Freiheitsverlusts ist die universelle Dimension des Internets und deren Wirkung gegenüberzustellen. Denn die Ubiquität des Internets bringt es mit sich, dass ein Hassposting, ein terroristischer oder kinderpornografischer Inhalt innerhalb von Sekunden einem Millionenpublikum zugänglich gemacht werden kann. Gleichsam verbreiten sich urheberrechtlich geschützte Inhalte mit nur einem Klick auf der ganzen Welt.

Das Gesamtresümee über eine Rechtsdurchsetzung durch Internetprovider fällt sohin ambivalent aus: Eine verstärkte Inpflichtnahme von Providern führt zu einer Verantwortungsdiffusion, und Provider werden gleichsam zwangsrekrutiert, um Aufgaben zu übernehmen, die in der analogen Welt von staatlichen Instanzen, insbesondere Gerichten, durchgeführt werden. Jedoch welche gleichartig effiziente Alternative bietet sich an? Eine (Selbst-)Regulierung des Internets mit Hilfe von soft law als Gegenvorschlag ist nicht zielführend, denn freiwillige Maßnahmen haben schließlich bis jetzt nicht zum Erfolg geführt, und es müssten auch hierbei effiziente Beschwerdemöglichkeiten für den Einzelnen geschaffen und kontrolliert werden.¹⁰⁶ Die Erstellung eines umfassenden Verhaltenskodex für alle Provider, wie die Europäische Kommission bereits im Jahr 2016 mit den vier großen IT-Konzernen *Facebook*, *Microsoft*, *Twitter* und *YouTube* abgeschlossen hat,¹⁰⁷ würde allerdings als flankierende Maßnahme jedenfalls unterstützend wirken.¹⁰⁸ Zudem könnten zentrale Anlaufstellen bzw.

101 Stieper GRUR 2020, 1 (6).

102 Vgl. Thiel, Die »Entgrenzung« der Gefahrenabwehr, 2011, S. 12.

103 Becker ZUM 2019, 636 (636 ff.).

104 S. Becker ZUM 2019, 636 (637).

105 S. Becker ZUM 2019, 636 (643 ff.).

106 S. ausf. Husovec, Injunctions Against Intermediaries in the European Union, 2017, S. 229; Yannopoulos in Taddeo/Floridi (Ed.) The Responsibility of Online Service Providers, 43 (51); aA Nolte ZUM 2017, 552 (565).

107 Verhaltenskodex für die Bekämpfung illegaler Hassreden im Internet, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/IP_16_1937 (Stand: 6.5.2020).

108 Vgl. Czachowski/Nordemann GRUR 2013, 986 (995).

einfach gestaltete Meldesysteme (Beschwerdemanagement) für Nutzer mit einer adäquaten Widerspruchsmöglichkeit geschaffen werden, sodass ein umfassender Schutz vor Willkür besteht. Die von den Providern verwendeten Algorithmen müssen transparent dargelegt und unter staatlicher Aufsicht gestellt werden, sodass die Gefahr eines Overblocking minimiert wird. Eine Abstufung bei der Bewertung von zu löschen Inhalten, dh nicht nur binäre Entscheidungen zuzulassen, erscheint als nicht zielführend.¹⁰⁹ Denn ein bisschen Urheberrechtsverletzung oder ein wenig Hassposting gibt es nicht. Es bedarf vielmehr einer Festlegung klarer Leitlinien bzw. Mindestvorgaben darüber, welche Inhalte von einem automatisierten Filter gelöscht werden sollen, um die Missbrauchsgefahr auf ein Minimum zu reduzieren. Eine wie von *Hoeren* geforderte rückwirkende Löschung von urheberrechtsverletzenden Inhalten, dh das Beibehalten des Status quo,¹¹⁰ wird die Problematik angesichts der großen Anzahl von urheberrechtsgeschützten Inhalten im Internet nicht zu fassen vermögen.¹¹¹

Es ist sohin *Spindler* zuzustimmen, welcher in der Kritik zu Uploadfiltern eine »Quadratur des Kreises«¹¹² verortet. Denn, wie *Hofmann* treffend feststellt, »[m]an kann auch nicht beides haben – keine Überwachungspflichten und Urheberrechtsschutz zugleich«¹¹³. Eine mögliche Alternative zu Uploadfiltern im Kontext von Urheberrechtsverletzungen stellt nach wie vor eine umfassende Urheberrechtsreform mit einem einheitlichen europäischen Urheberrechtstitel dar – dies wurde bekanntermaßen jüngst auf europäischer Ebene abgelehnt. Und so wird in nächster Zeit wohl vornehmlich der EuGH das Urheberrecht mitgestalten.¹¹⁴ Der Ruf nach einem zeitgemäßen urheberrechtlichen Regelungsrahmen auf Ebene der EU, der die Digitalisierung nicht ignoriert, wird sicherlich nicht verstummen. Weit weniger umstritten ist die in der DSM-RL ohnehin vorgesehene verstärkte Anwendung von erweiterten kollektiven Lizenzen, wodurch der Einsatz von Uploadfiltern reduziert werden kann.¹¹⁵ Anstatt einer neuen Konzeption der Providerhaftung Strafverfolgungsbehörden in der analogo-

109 AA Becker ZUM 2019, 636 (645 ff.).

110 *Hoeren* Frankfurter Rundschau v. 6.7.2018, <https://www.fr.de/kultur/nicht-ausgereift-genug-10964759.html> (Stand: 6.5.2020).

111 *Stieper* ZUM 2019, 211 (217).

112 *Spindler* CR 2019, 277 (283, 287); *Spindler* CR 2020, 50.

113 *Hofmann* ZUM 2019, 617 (627).

114 S. *Dreier* GRUR 2019, 771 (779).

115 *Daum* MR 2019, 283 (291), *Giele/Tiessen* EuZW 2019, 639 (642 f.); *Stieper* ZUM 2019, 211 (217); skeptisch *Stieper* CR 2020, 50 (55).

gen Welt auszubauen,¹¹⁶ würde die Dynamik der Digitalisierung ignorieren – es sollte vielmehr ein Sowohl-als-auch sein.¹¹⁷

Die jüngsten Entwicklungen haben vor allem gezeigt, dass es dringend einer Reform der ECRL bedarf, um eine umfassende Regulierung des Internets, die über eine sektorspezifische Regelung hinausgeht, zu schaffen. Denn eine starre Kategorisierung von Access-, Host- und Content-Providern ist für die digitale Welt nicht mehr zeitgemäß.¹¹⁸ Die Europäische Kommission hat dies augenscheinlich erfasst und es wurde jüngst von Kommissionspräsidentin *von der Leyen* eine entsprechende Legislativinitiative angekündigt. So sollen neue Vorschriften für Internetprovider in Form eines Sekundärrechtsaktes, dem sog. »Digital Service Act«, entstehen.

Eine automatisierte und technische Rechtsdurchsetzung im Internet ist keine ideale Lösung und wird unweigerlich mit Mängeln behaftet sein; insbesondere gilt es hier, die in obigen Ausführungen erörterten Grundrechte der Nutzer zu schützen. Ohne flankierender Maßnahmen, die teilweise bereits vom Unionsgesetzgeber vorgeschrieben wurden, droht die Kommunikation im Netz massiv beschränkt zu werden. Die Delegation der Rechtsdurchsetzung an private Intermediäre wird weder Urheberrechtsverletzungen im Netz noch Hasspostings gänzlich eliminieren können.¹¹⁹ Die Rechtsprechung des EuGH zur Vermittlerhaftung der Art. 17 DSM-RL und auch das NetzDG dürfen allerdings nicht als endgültiger Lösungsansatz verstanden werden, sondern diese sind Regulierungen in einer Übergangsphase, in der neue Ansätze für das Internet entwickelt werden. Und so werden die nächsten Jahre geprägt sein von einem »praktische[n] Experimentieren mit verschiedenen Konfigurationen von staatlich-hoheitlicher und gesellschaftlich-privater Involvierung«¹²⁰. Es wird sich allerdings erst herausstellen, inwieweit die positiven Auswirkungen dieser neuen Form der Rechtsdurchsetzung im Internet gegenüber den – mit Sicherheit aufkommenden – Kollateralschäden überwiegen werden. Gleichwohl ist damit zu rechnen, dass Provider ihr Angebot adaptieren, um hohen Bußgeldforderungen zu entgehen. So könnten sich etwa Registrierungspflicht-

116 S. Guggenberger NJW 2017, 2577 (2582).

117 S. Spindler GRUR 2018, 365 (373).

118 S. dazu bereits Achleitner in Felten/Kofler/Mayrhofer ua (Hrsg.), *Digitale Transformation im Wirtschafts- & Steuerrecht*, 2019, 89 (101); Dreier GRUR 2019, 771 (779); Stieper ZUM 2019, 211; Ohly ZUM 2015, 308 (313); Wandtke/Hauck ZUM 2019, 627 (628).

119 *Hoeren* Frankfurter Rundschau v. 6.7.2018, <https://www.fr.de/kultur/nicht-ausgereift-genug-10964759.html> (Stand: 6.5.2020).

120 Busch in Borucki/Schünemann (Hrsg.), *Internet und Staat*, 2019, 191 (204 f.).

ten für Nutzer durchsetzen, wodurch die allgemeine Zugänglichkeit zu Plattformen eingeschränkt würde. Eine hierdurch entstehende Einschränkung der Angebotsvielfalt im Internet läuft allerdings dem Ziel der Schaffung eines starken digitalen Binnenmarkts zuwider.