

Executive Summary

English Version

Background of the Study

1. The dissemination of online content across borders is challenging the national and European Union (EU) legal frameworks for monitoring service providers and enforcing the law. Not only the vast amount of, and increasingly easy access to, illegal or harmful content via online service providers raises the question how efficient enforcement can be organised. It is also due to the uncertainty of who is responsible for the content and which party in the process of disseminating content from its production to the reception by the end-user has an active role and could be held liable, a strong call for reconsidering the applicable rules.
2. Phenomena such as easy access to illegal content, content inciting to hatred and terrorist propaganda, but also disinformation, are only examples for a problematic aspect of the possibility for users to create and disseminate content via intermediaries. While there is a strong foundation of both the EU and its Member States on a set of commonly accepted values, to which most prominently the fundamental rights belong, the protection of these values have functioned much better in the “offline world” and during the first phase of wide use of the Internet. With the ever-growing availability of user-generated audiovisual content, which is disseminated outside of more traditional channels that necessitated a provider with editorial responsibility, categories of online services in existing legal provisions are questioned.
3. In order to respond to the changing role of online service providers, namely “platforms”, which are addressed in different ways in more recent EU legislation, it is not surprising that the EU has passed several corresponding legislative acts and supporting policy documents as part of the Digital Single Market strategy in the last couple of years. While major changes were introduced for platforms that host audiovisual content both by revising the Audiovisual Media Services Directive and creating the Directive on copyright in the Digital Single Market (DSM), the core piece of legislation for online service providers, the E-Commerce Directive (ECD), remains untouched until now although it dates back to the year 2000. The future Commission has signaled that it will

Executive Summary

take up this challenge, and there are signs that it will propose some form of revision or replacing legislative Act (potentially named Digital Services Act).

Aim of the Study

4. Against this background, the present study gives a detailed overview of the overall legal framework which is, or can be, relevant for dealing with the dissemination of online content. It presents the relevant EU legislative acts including those new texts that include potential role models for a revision of the ECD. A special focus is laid on the question of liability for online content in light of the need to clarify what supervisory authorities can do in order to tackle illegal or harmful content and thereby safeguard fundamental values and principles also in the online context. The interpretation of the relevant sections of the ECD by the Court of Justice of the EU (CJEU) is included as well as discussions about whether liability exemptions for different types of information society services (ISS) have to be reconsidered as a result of duty of care standards. Finally, the study identifies areas that need to be resolved either by legislative action or forms of increased cooperation between Member States and competent authorities if an improved enforcement of legal standards in the online context shall be achieved.

Fundamental Rights, Freedoms and Values

5. The basis and framework for any solution are fundamental rights as laid down in the Charter of Fundamental Rights of the EU (CFR), the European Convention on Human Rights of the Council of Europe and national constitutional provisions. These rights feature prominently human dignity, which, according to the CFR, is “inviolable”, i.e. needs to be considered as an overarching goal to be protected. They include also the protection of minors on their own behalf. On the other hand freedom of expression (of service users that create content as well as recipients of this content) and rights of the service providers that might be confronted with increased legal obligations are to be considered.
6. Fundamental freedoms are the building stones for the functioning of the single market in the EU. One aspect concerns the right of companies to choose where to establish themselves, thereby falling under the jurisdiction of a specific State. In principle, activities of such entities cannot be stopped by Member States when they cross their borders. This is laid down for goods and services in the Treaties. However,

Member States can impose limitations on the free movements when the measures are justified. If there is specific secondary law applicable, especially in form of harmonisation or coordination of Member State rules, then this question needs to be answered based on the specific legislative act's provisions.

7. In the context of discussing the adequate response to regulating online content dissemination, the fundamental values and goals of the EU are also relevant. These values do not only have theoretical relevance, but actually there is a specific procedure inserted in the Treaties to ensure that the Member States respect them. Where the EU has competence and the States are barred from applying their own rules, the values and goals necessitate that the EU itself acts in order to enable the States when applying these rules to achieve the values and goals. Consequently, the EU has passed numerous legislative acts that foster the functioning of the single market by harmonising Member States' laws and creating rules that establish a level approach in the States. This holds true also for the media and online sector, whilst regulation in these fields needs to consider that impacting the fundamental right of free speech or the shape of the media market needs to be cautious in respecting the Member States' reserved competences especially in light of their cultures and identities.

Relevant EU Legislative Acts for Online Services

8. The ECD is a horizontally applicable ruleset for ISS. It established a minimum harmonisation approach that focused on a closely circumscribed field of coordinated activities and a relatively strictly applied country-of-origin principle. At the time, the focus was on providing predictable and simple rules for the emerging Internet economy and guaranteeing the application of single market principles. Where derogations existed, they were closely defined and aligned with the exemptions provided by the EU Treaties. Other than the ECD from 2000, for the online sector recent revisions to existing laws or creation of new ones have brought significant changes, such as the AVMSD.
9. The AVMSD is the cornerstone for the distribution of (linear and non-linear) audiovisual content since its predecessor was created in 1989. It creates a single market legal framework allowing for the dissemination of audiovisual content across the EU. The foundational country-of-origin principle ensures that there is in principle only one control of the provider by the Member State under whose jurisdiction it operates; consequently the content flows freely. The agreement of minimum

Executive Summary

conditions applying to all audiovisual media service providers in the Directive is aimed at assuring that only content legal in that sense is available. The possibility of derogating from the country-of-origin principle and the prohibition of circumvention enable the receiving Member States to react to content from non-domestic providers. The basic principles of the AVMSD have been maintained throughout, but it has been revised once every decade and adapted to new social and technological developments, particularly in the digital environment. The 2018 reform has strengthened the rules on hate speech, protection of minors and advertising regulation and responded to changes in the audiovisual media landscape by including video-sharing platform services in its scope.

10. The legal framework of data protection law is relevant in connection with the cross-border dissemination of online content not only because data processing is omnipresent in online services, but also because the EU rules for this field include technical aspects in the rules and, in some cases, take a transnational approach. The General Data Protection Regulation (GDPR) establishes the marketplace principle by linking its scope to the legitimate interests of the data subjects and thereby giving domestic authorities the possibility to address even non-EU providers in certain cases. The detailed rules on structure, competencies and powers of the supervisory authorities in the GDPR can also be used for consideration and evaluation of a new, more harmonising regulatory approach at EU level in a digital environment.
11. For intellectual property rights the first relevant Directives impacted the role of ISS, e.g. by introducing certain injunction possibilities against them, but left the ECD liability rules untouched at least in the wording of the Directive. The CJEU had to deal with defining the limits of what obligations could be imposed on providers in order to safeguard author's rights. Essentially, this led to an expansion of the obligations that the providers might be asked to comply with. The new DSM Directive of 2019 is noteworthy not only for the creation of a specific definition of "online content-sharing service provider", which refers to different criteria than existing comparable provisions in other EU legislative acts, but mainly for introducing a completely new category of obligations for such providers.
12. The Platform-to-Business Regulation has a wide scope of application, even though not in the relation to consumers. It is relevant because certain information obligations – creating increased transparency – are imposed on these platforms. In doing so, the question of passiveness of

such platforms regarding the content disseminated may have to be answered in a new way. The Proposal for a Regulation on tackling terrorist content online – although the outcome of the legislative procedure is not yet clear – is specifically aimed at hosting service providers and introduces the obligation for certain proactive (or: specific) measures which clarify what an expeditious removal of content is, but it also relies explicitly on a duty of care standard. Even though the position of the European Parliament essentially lowered the strictness of measures that the Commission has proposed, the responsibility of these platforms for user-generated content (of this specific type) will change with the Regulation if it is adopted.

13. The “hard” EU legal instruments as displayed above are supplemented by “soft” EU coordination, support and supplementary measures, which nevertheless are highly important and can represent (potentially) a first step towards new rules. With increased relevance in the area of online content, the EU has addressed above all the areas of protection of minors, human dignity, hate speech and disinformation online. By issuing recommendations, setting up High Level Groups and developing and publishing codes of conduct and best practices, a framework is created here – with the active participation of stakeholders – which is regularly legally non-binding but promotes the effectiveness of achieving the objectives pursued and promotes the establishment of minimum standards. Furthermore, the principles and best practices found in this framework, which often also involve non-EU, in particular US-American, stakeholders, make it possible to identify necessary and possible legislative measures.

Significance of the E-Commerce Directive and Challenges in Its Application

14. The ECD has no explicit extraterritorial scope. Member States are free to regulate activities of ISS providers established outside the EU as the country-of-origin principle only relates to providers established in the EU. Although the definition of ISS providers has been clarified and refined by the CJEU, the emergence of new online-platform business models, namely in the so-called sharing economy, challenges the boundaries of the application of the ECD. This is especially the case concerning the protections for intermediary service providers, defined in Art. 12–15. The premise of wide-reaching protections for passive hosts as long as they do not have any actual knowledge of illegal content or activity has been consistently questioned and reinterpreted by

Executive Summary

- courts. This is a reflection of the dramatic change in the online intermediary ecosystem over the last 15 years. The rise of Web 2.0 interactivity has meant that most intermediaries have moved away from being simple hosts. They are now interactive content management platforms where the exploitation of user data and network effects are at the centre of the business model. The increasing diversity of business models questions the rather simplistic categorisation of today's platforms as "hosting providers".
- 15. The unabated occurrence and rise of illegal content and activity promulgated through these platforms have thrown doubts on whether liability protections that were conceived in a different technological and socio-economic context still can be valid today. The problem of the current liability framework for intermediaries lies first with the condition of neutrality. Secondly, determining actual knowledge has remained problematic, especially in the absence of any more formalised notice requirements and with the unclarity of the protection for "Good Samaritan" efforts by intermediaries. Thirdly, case law has also exposed the technological tension between Art. 14 and 15 ECD, which on the one hand allow for specific infringement prevention injunctions but prohibit general monitoring obligations on the other.
 - 16. New solutions to these problems see a move away from liability immunities to formulating explicit responsibilities for these new online platforms. In its case law the CJEU has tried to come up with some concepts such as that of the diligent economic operator. One answer would see the creation of duties of care being imposed on online platforms in the fight against illegal content. Duties of care could take account of the increasingly active role of platforms in the management and dissemination of third-party content. Specific preventive duties, following a risk-based approach, would be tied to clearly defined reactive obligations of notice and takedown and transparency reporting.
 - 17. Liability and more generally provisions creating responsibility obligations for providers are laid down in new legislative acts of the EU for new actors. In the revised AVMSD, video-sharing platform providers are now within the scope of application, but the obligations imposed on them are subject to leaving untouched the liability exemptions of the ECD. However, the obligations imposed on these service providers actually necessitate apprehending a much more active role as the platform has to help ensuring that its users comply with applicable rules. Having to undertake ex-ante risk assessments and depending on the outcome concerning the potential for harm, the provider has to imple-

- ment preventive measures without which the platform is assumed to fall short of its obligations.
18. Although limited to the context of intellectual property rights, the DSM Directive departs from the mere referral to the liability provisions of the ECD and introduces a significant obligation for online content-sharing service provider, which seems to be a consequence of the CJEU jurisprudence on the right of communication to the public. It creates an exception to the safe-harbour exemptions for host service providers under the ECD and requires an active role of the platform providers to obtain authorisation for the dissemination of copyrighted content or – in the absence of such – the prevention of availability of the content. Irrespective of clauses limiting the liability for certain platforms and making it conditional, this is a clear change in approach to the role of platforms in EU legislation. It could also lead to different types of liability of one provider for the same content if it violates not only copyright but also other rights.
19. Beyond the copyright context there is a number of other legislative acts of the EU that impact the liability rules of the ECD by creating increased duty-of-care expectations or other obligations vis-à-vis certain online service providers, namely certain types of platforms. These are expected to comply with professional due-diligence requirements if consumer protection requires this. Even though the platforms concerned are not mainly dealing with dissemination of online content, it is a strong indicator of how generally the liability exemptions of the ECD are being limited by other sectorial legislation. This holds especially true for the currently debated Proposal for a Regulation on tackling terrorist content online: as it appears now, at least certain types of increased obligations to monitor will be introduced if a platform has been repeatedly used for dissemination of such illegal content.

Conclusions

20. Based on these findings, some conclusions on the way forward can be drawn. The difficulties in applying a ruleset designed two decades ago for a completely different Internet environment have become obvious. The actors have changed and the role of platforms in dissemination of online content has become dominant. First legislative steps reflecting this new setup have been enacted, whereas there are clear differences in the way they relate to the liability exemptions under the ECD. Not only have new categories of ISS been introduced, for some of them specific obligations are now expected. Partly these new rules rely on

Executive Summary

co-regulatory approaches and involve the reliance on technical solutions to prove compliance. Other legislative solutions even in form of Regulations strike a balance between harmonising standards and more importantly institutional cooperation between competent Member States' bodies while allowing to respect differing traditions in the States when applying the rules.

21. In order to avoid a further fragmentation of the rules applicable to different types of online service providers and having to introduce new categories of service providers depending on the further development of the online sector, the EU has the possibility to replace the existing cross-sectorial approach in form of the ECD by a new horizontally applicable act concerning all types of "information society services". In that case it will not only be necessary to identify whether content disseminators need to be treated in a specific manner as they have – due to their contribution to using the freedom of expression of users, but also because of the potential for serious and permanent harm in case of illegal content due to its fast and wide spreading – a different role in the online environment than a platform for selling goods; it will also be necessary to agree on new criteria to define providers. A different avenue could be to amend the existing ECD in a way that it clarifies the conditions under which liability exemptions do not apply and what type of providers are included in the scope.
22. Should no legislative clarification be achieved in the near future, competent authorities will have to apply existing rules also to cross-border dissemination of content in a more proactive manner even if it may not seem clear from the outset whether, for example, a targeted provider may be able to claim a liability exemption. In light of the need for an efficient protection of fundamental rights and values also in the online context, inactivity is no option. Based on the obligation to protect fundamental rights, typically provided for in national constitutional provisions, and public interest goals – which are also the underlying values of the EU –, even difficulties in achieving an effective enforcement of rules do not justify refraining from attempting at it. This holds especially true if – as is the case for online content dissemination – there is a policy conclusion that action is necessary.
23. In light of the difficulties of enforcement not least due to uncertainties about the role of service providers and the cross-border dimension, regulation should attempt at including the concerned industry in the enforcement process as much as possible. Increasingly, EU legislative instruments introduce themselves, or suggest Member States to rely

- on, co-regulation approaches in order to first address the parties concerned by obligations in the regulation to be active themselves, secondly to be able to rely on the development of industry standards and thirdly to allow a regulatory approach that has a less infringing nature on fundamental rights. Typically, such co-regulatory approaches involve the creation of Codes of Conduct. Here, and more generally speaking, it is necessary to point out that co-regulation necessitates the possibility of action by regulatory authorities if compliance is not achieved via the industry approach as well as an involvement in the process of creating such “rules”.
24. Two main challenges remain to be resolved, a substantive and a procedural question concerning which body is in charge of enforcing rules. The ECD, as well as the AVMSD, rely on the country-of-origin principle that assigns monitoring and supervision duties to the Member State that has jurisdiction over the provider, normally via an establishment. However, this principle does not apply unlimited: both rulesets foresee exceptional derogations from the principle in case of potential damage to overriding public interest goals due to a lack of enforcement in the origin state. In that case, the marketplace of the service can be trigger for a regulatory action. The conditions for such subsidiary competence as well as the procedures introduced in both Directives are very strict and entail lengthy timelines, as it was regarded necessary to shield the country-of-origin principle. The nature of online content typically being available until removed calls for solutions with which more speedily access to illegal and harmful content can be stopped. It is conceivable to maintain the country-of-origin principle but allowing for a marketplace intervention where necessary by either simplifying the procedures or explicitly defining the cases in which regulatory bodies not belonging to the home country can take action.
25. The second challenge concerns the institutional setup. There need to be clear assignments of competencies to bodies in charge of monitoring and supervising online service providers. Beyond law enforcement agencies that are in charge of investigating and prosecuting criminal charges, regulatory authorities need to be able to assume the role of dealing with illegal content. Because of the danger of damaging freedom of expression if there is a direct state influence in this process, independent regulators are best placed to take over this role. Accordingly, in most Member States of the EU regulators that traditionally dealt with audiovisual content in the linear dissemination of content also have been given competence for the online dissemination. Regula-

Executive Summary

tory bodies should have clearly assigned tasks that include their role in co-regulation as well as being sufficiently equipped, e.g. with sanctioning powers. Moreover, in order to make cross-border monitoring efficient, some form of cooperation between national regulatory authorities in the EU is necessary. Within such cooperation “community standards” could be developed concerning an agreement on what is to be regarded as illegal and harmful and what type of action should regularly be taken by the national competent authority. The cooperation mechanisms should allow for rapid response in case they are triggered.

Deutsche Fassung

Hintergrund der Studie

1. Die grenzüberschreitende Verbreitung von Online-Inhalten stellt den nationalen und den Rechtsrahmen der Europäischen Union (EU) zur Überwachung von und Rechtsdurchsetzung gegenüber Diensteanbietern vor große Herausforderungen. Nicht nur die Vielzahl an und der immer einfachere Zugang zu illegalen oder schädigenden Inhalten über Online-Dienstleister stellen die Frage, wie eine effiziente Rechtsdurchsetzung organisiert werden kann. Auch die Unsicherheit darüber, wer für einen Inhalt verantwortlich ist und welche Beteiligten bei der Verbreitung von Inhalten von ihrer Produktion bis hin zum Empfang beim Endnutzer eine aktive Rolle spielen und daher haftbar gemacht werden können, hat dazu geführt, dass Forderungen nach einer Überprüfung des geltenden anwendbaren Rechtsrahmens lauter geworden sind.
2. Phänomene wie der einfache Zugang zu illegalen oder zu Hass aufstachelnden Inhalten, terroristische Propaganda, aber auch Desinformation sind nur Beispiele für Probleme, die aus der Möglichkeit für Nutzer, Inhalte über Intermediäre zu erstellen und zu verbreiten, resultieren. Sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten sind auf ein starkes Fundament aus allgemein anerkannten Werten gestützt, zu denen vor allem die Grundrechte gehören. Der Schutz dieser Werte in der „Offline-Welt“ und in der ersten Phase der breiten Nutzung des Internets hat viel besser funktioniert. Mit der ständig wachsenden Verfügbarkeit von nutzergenerierten audiovisuellen Inhalten, die außerhalb der traditionelleren Kanäle verbreitet werden, welche einen Anbieter mit redaktioneller Verantwortung erforderten, wird die Kategorisierung von Online-Diensten in den bestehenden Rechtsvorschriften in Frage gestellt.
3. Um der sich wandelnden Rolle der Online-Dienstleister, namentlich der „Plattformen“, die in unterschiedlicher Weise von neueren EU-Rechtsvorschriften adressiert werden, gerecht zu werden, ist es nicht verwunderlich, dass die EU in den letzten Jahren mehrere entsprechende Rechtsakte verabschiedet und ergänzende Strategiepapiere als Teil ihrer Strategie für einen Digitalen Binnenmarkt veröffentlicht hat. Während für Plattformen, die audiovisuelle Inhalte hosten, sowohl durch die Überarbeitung der Richtlinie über audiovisuelle Medien-dienste (AVMD-RL) als auch durch die Schaffung der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL) als Kernelemente des gesetzgeberischen Rahmens für Online-Dienstleister wesent-

Executive Summary

liche Änderungen vorgenommen wurden, bleibt die E-Commerce-Richtlinie (ECRL) bis heute unberührt, obwohl sie bereits aus dem Jahr 2000 stammt. Die künftige Kommission hat signalisiert, dass sie sich dieser Herausforderung stellen wird, und es gibt Anzeichen dafür, dass sie in bestimmter Form eine Überarbeitung oder Ersetzung der ECRL (möglicherweise „Digital Services Act“ genannt) vorschlagen wird.

Ziel der Studie

4. Vor diesem Hintergrund gibt die vorliegende Studie einen detaillierten Überblick über den allgemeinen Rechtsrahmen, der für den Umgang mit der Verbreitung von Online-Inhalten relevant ist oder sein kann. Sie stellt die einschlägigen EU-Rechtsakte vor, einschließlich neuerer Texte, die potenziell als Vorbilder bei einer Überarbeitung der ECRL dienen können. Ein besonderer Schwerpunkt liegt auf der Frage nach der Verantwortlichkeit für Online-Inhalte, da geklärt werden muss, welche Maßnahmen die Aufsichtsbehörden ergreifen können, um illegale oder schädigende Inhalte zu bekämpfen und damit grund-sätzliche Werte und Prinzipien auch im Online-Kontext zu schützen. Dabei wird die Auslegung der relevanten Abschnitte der ECRL durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) ebenso einbezogen wie Diskus-sionen darüber, ob die bestehenden Haftungsbefreiungen für verschie-dene Arten von Diensten der Informationsgesellschaft als Ergebnis ei-nes „duty of care“ (Sorgfalts)-Standards überdacht werden müssen. Schließlich identifiziert die Studie Bereiche, die entweder durch gesetz-geberische Maßnahmen oder durch Formen der verstärkten Zusam-menarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und den zuständigen Behör-den Lösungen zugeführt werden müssen, wenn eine bessere Durchset-zung der Rechtsnormen im Online-Kontext erreicht werden soll.

Grundrechte, Grundfreiheiten und Werte

5. Grundlage und Rahmen für jedwede angestrebte Lösung sind die Grundrechte, wie sie in der Charta der Grundrechte der EU (GRC), der Europäischen Menschenrechtskonvention des Europarates und den na-tionalen Verfassungsbestimmungen manifestiert sind. Dazu zählt vor allem die Menschenwürde, die nach der GRC „unantastbar“ ist und da-mit als tragendes und zu schützendes Prinzip zu berücksichtigen ist. Die Rechte umfassen auch den Schutz Minderjähriger auch als eigene Rechtsposition dieser Gruppe. Andererseits sind die Meinungsfreiheit

(von Dienstenutzern, die Inhalte erstellen, sowie von Empfängern dieser Inhalte) und die Rechte der Diensteanbieter selbst, die mit erhöhten rechtlichen Verpflichtungen konfrontiert sein könnten, zu berücksichtigen.

6. Die Grundfreiheiten sind die Bausteine für das Funktionieren des Binnenmarkts in der EU. Ein Aspekt betrifft dabei das Recht der Unternehmen, selbst zu wählen, wo sie sich niederlassen und dadurch in die Zuständigkeit eines bestimmten Staates fallen. Einen anderen Aspekt betrifft die Regel, dass Unternehmen grundsätzlich nicht an der Ausführung grenzüberschreitender Tätigkeiten durch die Mitgliedstaaten gehindert werden können. Dies ist für den Handel mit Waren und das Anbieten von Dienstleistungen in den Verträgen festgelegt. Die Mitgliedstaaten können jedoch den freien Verkehr einschränken, wenn die jeweils ergriffenen Maßnahmen gerechtfertigt sind. Wenn spezifisches Sekundärrecht anwendbar ist, insbesondere die entsprechenden Vorschriften der Mitgliedstaaten auf EU-Ebene koordiniert oder harmonisiert worden sind, dann muss diese Frage auf der Grundlage der Bestimmungen des spezifischen Rechtsakts beantwortet werden.
7. Relevant auch im Zusammenhang mit der Diskussion über angemesse Reaktionen auf die Regulierung der Verbreitung von Online-Inhalten sind die grundlegenden Werte und Ziele der EU. Diese Werte haben nicht nur theoretische Relevanz, sondern die Verträge enthalten ein spezifisches Verfahren, das ihre Einhaltung durch die Mitgliedstaaten sicherstellt. Wenn die EU über Kompetenzen verfügt und die Mitgliedstaaten daher an der Anwendung ihrer eigenen Regeln gehindert sind, erfordern es diese Werte und Ziele, dass die EU selbst so handelt, dass es den Staaten bei der Anwendung dieser Regeln möglich ist, die Ziele und Werte zu erreichen. Entsprechend hat die EU zahlreiche Rechtsakte erlassen, die das Funktionieren des Binnenmarkts fördern, indem sie die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten harmonisieren und damit einen einheitlichen Ansatz in den Staaten festlegen. Dies gilt auch für den Medien- und Onlinesektor, wobei die Regulierung in diesen Bereichen berücksichtigen muss, dass bei Auswirkungen auf das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung und bei der Gestaltung des Medienmarktes vor dem Hintergrund der Kompetenzverteilung insbesondere im Bereich der Kultur und nationalen Identität Zurückhaltung geboten ist.

Relevante Rechtsakte der EU für Online-Dienste

8. Die ECRL ist ein horizontal anwendbares Regelungsinstrument für Dienste der Informationsgesellschaft. Sie etablierte einen Mindestharmonisierungsansatz, der sich auf einen eng begrenzten Bereich koordinierter Tätigkeiten und ein relativ streng angewandtes Herkunftslandprinzip konzentrierte. Bei Schaffung der Richtlinie lag der Schwerpunkt auf der Bereitstellung vorhersehbarer und einfacher Regeln für die aufstrebende Internettirtschaft und der Gewährleistung der Anwendung der Binnenmarktgrundsätze. Soweit Ausnahmeregelungen bestanden, wurden sie eng und entlang der in den EU-Verträgen vorgesehenen Ausnahmen definiert. Anders als die ECRL von 2000, haben die jüngsten Überarbeitungen bestehender oder die Schaffung neuer Gesetze für den Online-Bereich erhebliche Änderungen mit sich gebracht, wie beispielsweise die AVMD-RL zeigt.
9. Die AVMD-RL ist der Eckpfeiler für die Verbreitung von (linearen und non-linearen) audiovisuellen Inhalten seit der Vorgänger-Richtlinie aus dem Jahr 1989. Sie etabliert einen Rechtsrahmen für den Binnenmarkt, der die Verbreitung audiovisueller Inhalte in der gesamten EU ermöglicht. Das fundamentale Herkunftslandprinzip stellt dabei sicher, dass eine Kontrolle von Anbietern grundsätzlich nur durch den Mitgliedstaat erfolgt, unter dessen Hoheitsgewalt der Anbieter tätig ist, wodurch Inhalte frei verbreitet werden können. Die Vereinbarung von Mindestbedingungen, die für alle Anbieter audiovisueller Mediendienste im Rahmen der Richtlinie gelten, zielt darauf ab, sicherzustellen, dass nur in diesem Sinne legale Inhalte verfügbar sind. Die Möglichkeit, vom Herkunftslandprinzip abzuweichen und das Umgehungsverbot ermöglichen es den Empfangsmitgliedstaaten, auf Inhalte von ausländischen Anbietern zu reagieren. Die Grundprinzipien der AVMD-RL wurden beibehalten, aber die Richtlinie einmal pro Jahrzehnt überarbeitet und an neue gesellschaftliche und technologische Entwicklungen, insbesondere im digitalen Umfeld, angepasst. Die Reform von 2018 hat dabei die Regeln für die Aufstachelung zu Hass, über den Jugendschutz und die Werbevorschriften verschärft und auf Veränderungen in der audiovisuellen Medienlandschaft reagiert, indem sie Video-Sharing-Plattform-Dienste in den Anwendungsbereich einbezogen hat.
10. Der Rechtsrahmen des Datenschut兹rechts ist demgegenüber im Zusammenhang mit der grenzüberschreitenden Verbreitung von Online-Inhalten nicht nur deshalb relevant, weil Datenverarbeitungsprozesse in Online-Diensten allgegenwärtig sind, sondern auch, weil die

EU-Vorschriften für diesen Bereich auch technische Aspekte beinhaltet und in einigen Fällen einen transnationalen Ansatz verfolgen. Die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) legt das Marktortprinzip fest, indem sie in Bezug auf ihren Anwendungsbereich an die berechtigten Interessen der von der Datenverarbeitung Betroffenen anknüpft und damit den nationalen Behörden die Möglichkeit eröffnet, in bestimmten Fällen sogar Nicht-EU-Anbieter zu adressieren. Die detaillierten Regeln für Struktur, Kompetenzen und Befugnisse der Aufsichtsbehörden in der DS-GVO können zudem zur Betrachtung und Bewertung eines neuartigen, stärker harmonisierenden Regulierungsansatzes auf EU-Ebene in einem digitalen Umfeld als Vergleich herangezogen werden.

11. Für die Rechte am geistigen Eigentum wirkten sich die ersten einschlägigen Richtlinien auf die Rolle der Dienste der Informationsgesellschaft aus, z.B. durch die Einführung bestimmter Möglichkeiten für Unterlassungsverfügungen, ließen aber die Haftungsregeln der ECRL zumindest ihrem Wortlaut nach unberührt. Der EuGH hatte sich mit der Festlegung der Grenzen zu befassen, welche Verpflichtungen den Anbietern auferlegt werden können, um die Urheberrechte zu wahren. Dies führte im Wesentlichen zu einer Ausweitung der Verpflichtungen, die von den Anbietern eingefordert werden können. Die neue DSM-RL von 2019 ist vor diesem Hintergrund nicht nur in Bezug auf die Schaffung einer spezifischen Definition des Begriffs „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ bemerkenswert, die sich auf andere Kriterien als bestehende vergleichbare Bestimmungen in anderen EU-Rechtsakten bezieht, sondern vor allem wegen der Einführung einer völlig neuen Kategorie von Verpflichtungen für solche Anbieter.
12. Die Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (auch P2B-Verordnung genannt) hat einen breiten Anwendungsbereich, wenn auch nicht in Bezug auf Verbraucher. Sie ist relevant, weil den dort regulierten Plattformen bestimmte Informationspflichten – die zu mehr Transparenz führen – auferlegt werden. Dabei muss die Frage der Passivität solcher Plattformen gegenüber den über sie verbreiteten Inhalten möglicherweise auf neue Art beantwortet werden. Der Vorschlag für eine Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte – obwohl das Ergebnis des Gesetzgebungsverfahrens noch nicht klar ist – richtet sich speziell an Hosting-Diensteanbieter und führt die Verpflichtung zu bestimmten proaktiven (oder: spezifi-

schen) Maßnahmen ein. Sie stellt klar, was eine unverzügliche Entfernung von Inhalten ist und bezieht sich auch ausdrücklich auf einen „duty of care“(Sorgfaltspflicht)-Standard. Auch wenn der Standpunkt des Parlaments im Wesentlichen die von der Kommission vorgeschlagenen strengeren Maßnahmen verringert hat, wird sich die Verantwortung dieser Plattformen für nutzergenerierte Inhalte (dieser speziellen Art) mit der Verordnung ändern, wenn sie angenommen wird.

13. Diese zuvor dargestellten „harten“ Rechtsinstrumente der EU werden ergänzt durch „weiche“ Koordinations-, Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen der EU, die nichtsdestotrotz von großer Bedeutung sind und einen (potenziell) ersten Schritt zur Schaffung neuer Regeln darstellen können. Mit zunehmender Relevanz im Bereich der Online-Inhalte, hat sich die EU vor allem mit den Bereichen Jugendschutz, Menschenwürde, Hassreden und Desinformation im Internet befasst. Durch die Verabschiedung von Empfehlungen, die Einrichtung von hochrangigen Expertengruppen und die Entwicklung und Veröffentlichung von Verhaltenskodizes und „Best Practices“ wird hier – in der Regel unter aktiver Beteiligung der jeweils betroffenen Interessenvertreter – ein Rahmen geschaffen, der regelmäßig rechtlich nicht bindend ist, aber die Wirksamkeit der Erreichung der verfolgten Ziele fördert und die Festlegung von Mindeststandards vorantreibt. Darüber hinaus ermöglichen die in diesem Rahmen gefundenen Grundsätze und Best Practices, die oft auch Nicht-EU-, insbesondere US-amerikanische Interessenvertreter, einbeziehen, das Ermitteln notwendiger und möglicher gesetzgeberischer Maßnahmen.

Bedeutung der E-Commerce-Richtlinie und Herausforderungen bei ihrer Anwendung

14. Die ECRL hat nicht explizit einen extraterritorialen Anwendungsbereich. Den Mitgliedstaaten steht es frei, die Tätigkeiten von Diensten der Informationsgesellschaft mit Sitz außerhalb der EU zu regeln, da sich das Herkunftslandprinzip nur auf Anbieter mit Sitz in der EU bezieht. Obwohl die Definition der Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft vom EuGH geklärt und verfeinert wurde, stellt die Entstehung neuer Geschäftsmodelle für Online-Plattformen, namentlich in der sogenannten Sharing-Economy, die Beurteilung der Grenzen des Anwendungsbereichs vor Herausforderungen. Dies gilt insbesondere für die Haftungsprivilegierung der in den Artikeln 12-15 definierten Intermediäre. Die Prämisse eines weitreichenden Schutzes für passive Hosts, solange sie keine tatsächliche Kenntnis von illegalen In-

halten oder Aktivitäten haben, wurde von den Gerichten wiederholt hinterfragt und neu interpretiert. Dies zeichnet ein Spiegelbild der dramatischen Veränderung innerhalb des ökonomischen Umfelds der Intermediäre in den letzten 15 Jahren. Der Anstieg der Web 2.0-Interaktivität hat dazu geführt, dass die meisten Vermittler sich von einer reinen Hosting-Tätigkeit entfernt haben. Sie sind heute interaktive Content Management-Plattformen, bei denen die Nutzung von Benutzerdaten und Netzwerkeffekten im Mittelpunkt des Geschäftsmodells stehen. Die zunehmende Vielfalt der Geschäftsmodelle stellt die eher vereinfachte Kategorisierung der heutigen Plattformen als „Hosting Provider“ in Frage.

15. Das unverminderte Aufkommen und die Zunahme illegaler Inhalte und Aktivitäten, die über diese Plattformen stattfinden, haben Zweifel daran geweckt, ob Haftungserleichterungen, die in einem anderen technologischen und sozioökonomischen Kontext konzipiert wurden, auch heute noch gültig sein können. Das Problem des aktuellen Haftungsrahmens für Intermediäre liegt zunächst in der Annahme der Neutralität. Zweitens ist die Feststellung der tatsächlichen Kenntnis nach wie vor problematisch, insbesondere angesichts fehlender formalisierter Benachrichtigungspflichten und der Unklarheit über den Schutz für „Good Samaritans“-Anstrengungen durch die Intermediäre. Drittens hat die Rechtsprechung auch die technologische Spannung zwischen den Artikeln 14 und 15 ECRL offenbart, die einerseits spezifische Unterlassungsansprüche zur Verhütung von Verstößen zulassen, andererseits aber allgemeine Überwachungsverpflichtungen verbieten.
16. Neue Lösungswägen für die dargestellten Problematiken tendieren weg von Haftungsbefreiungen und hin zur Formulierung expliziter Verantwortlichkeiten für diese neuen Online-Plattformen. In seiner Rechtsprechung hat der EuGH versucht, einige Konzepte wie das des „sorgfältigen Wirtschaftsteilnehmers“ (due diligent economic operator) zu entwerfen. Ein Lösungsansatz wäre die Schaffung von Sorgfaltspflichten, die Online-Plattformen im Kampf gegen illegale Inhalte auferlegt würden. Sorgfaltspflichten könnten der zunehmend aktiv(er)en Rolle der Plattformen bei der Verwaltung und Verbreitung von Inhalten Dritter Rechnung tragen. Spezifische präventive Pflichten, die einem risikobasierten Ansatz folgen, wären an klar definierte reaktive Verpflichtungen im Bereich des notice-and-take-down-Prinzips und der Transparenz-Berichtspflichten gebunden.
17. Die Haftung und allgemeiner formuliert Normen, die Verantwortlichkeiten für die Anbieter begründen, sind in neuen Rechtsakten der EU

- für neue Akteure festgelegt. In der überarbeiteten AVMD-RL sind Anbieter von Video-Sharing-Plattformen nunmehr vom Anwendungsbe reich erfasst, aber die ihnen danach auferlegten Verpflichtungen berühren nicht die nach der ECRL bestehenden Haftungsfreistellungen. Die den Dienstleistern auferlegten Verpflichtungen erfordern jedoch eine wesentlich aktiver Rolle, da die Plattform dazu beitragen muss, dass ihre Nutzer die geltenden Regeln einhalten. Der Anbieter muss ex ante-Risikobewertungen durchführen und je nach Ergebnis der Bewertung des Schadenspotenzials vorbeugende Maßnahmen ergreifen, ohne deren Ergreifen zu vermuten ist, dass die Plattform ihren Verpflichtungen nicht nachkommt.
18. Obwohl sie sich auf den Bereich der Rechte an geistigem Eigentum beschränkt, weicht die DSM-RL von der bloßen Verweisung auf die Haftungsbestimmungen der ECRL ab und führt eine signifikante Verpflichtung für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten ein, die Folge der Rechtsprechung des EuGH über das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung zu sein scheint. Sie schafft eine Ausnahme von den „safe harbour“-Befreiungen für Hosting-Diensteanbieter im Rahmen der ECRL und erfordert eine aktive Rolle der Plattformanbieter, um die Zustimmung des Berechtigten für die Verbreitung urheberrechtlich geschützter Inhalte zu erhalten oder – bei Fehlen einer solchen – dabei, die Verfügbarkeit der Inhalte für die Öffentlichkeit zu verhindern. Ungeachtet der Klauseln, die die Haftung für bestimmte Plattformen einschränken und sie an Bedingungen knüpfen, ist dies ein deutlicher Wandel im Ansatz der Beurteilung der Rolle der Plattformen im EU-Recht. Dies könnte auch zu unterschiedlichen Arten der Haftung eines Anbieters für denselben Inhalt führen, wenn dieser nicht nur das Urheberrecht, sondern auch andere Rechte verletzt.
19. Über den urheberrechtlichen Kontext hinaus gibt es eine Reihe weiterer Rechtsakte der EU, die sich auf die Haftungsregeln der ECRL auswirken, indem sie erhöhte Sorgfaltspflichten oder andere Verpflichtungen gegenüber bestimmten Online-Dienstleistern, namentlich verschiedenen Arten von Plattformen, schaffen. Von diesen wird erwartet, dass sie den Anforderungen der professionalen Sorgfaltspflichten entsprechen, wenn der Verbraucherschutz dies erfordert. Auch wenn sich die betroffenen Plattformen nicht schwerpunktmäßig mit der Verbreitung von Online-Inhalten befassen, ist dies ein starker Indikator dafür, in was für einer allgemeinen Form die Haftungsbefreiungen der ECRL durch andere sektorale Rechtsvorschriften eingeschränkt werden. Dies gilt insbesondere für den derzeit diskutierten Vorschlag

für eine Verordnung zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte: Nach derzeitigem Stand werden zumindest bestimmte Arten von erhöhten Überwachungspflichten eingeführt, wenn eine Plattform wiederholt für die Verbreitung solcher illegaler Inhalte genutzt wurde.

Schlussfolgerungen

20. Basierend auf diesen Erkenntnissen können einige Schlussfolgerungen für das weitere Vorgehen gezogen werden. Die Schwierigkeiten bei der Anwendung eines Regelwerks, das vor zwei Jahrzehnten für eine völlig andere Internet-Umgebung entwickelt wurde, sind offensichtlich geworden. Die Akteure haben sich verändert und die Rolle der Plattformen bei der Verbreitung von Online-Inhalten ist dominant geworden. Erste gesetzgeberische Schritte, die diesem Strukturwandel Rechnung tragen, wurden eingeleitet, wobei es deutliche Unterschiede in Bezug auf das Verhältnis zu den Haftungserleichterungen der ECRL gibt. Es wurden nicht nur neue Kategorien von Diensten der Informationsgesellschaft eingeführt, sondern für einige von ihnen gelten nunmehr konkrete Verpflichtungen. Teilweise basieren diese neuen Regeln auf Ko-Regulierungsansätzen und beziehen sich auf technische Lösungen, die die Einhaltung von Vorgaben sicherstellen sollen. Andere legislative Lösungen, auch in Form von Verordnungen, schaffen ein Gleichgewicht zwischen der Harmonisierung der Normen und vor allem der institutionellen Zusammenarbeit zwischen den zuständigen Organen der Mitgliedstaaten, wobei sie es ermöglichen, bei der Anwendung der Regeln auch die unterschiedlichen Traditionen in den Staaten zu respektieren.
21. Um es zu vermeiden, die Fragmentierung der Vorschriften für verschiedene Arten von Online-Dienstleistern zu verstärken und neue Kategorien von Dienstleistern abhängig von der weiteren Entwicklung des Online-Bereichs einführen zu müssen, sollte die EU bestrebt sein, entweder den bestehenden sektorübergreifenden Ansatz in Form der ECRL durch einen neuen horizontal anwendbaren Rechtsakt für alle Arten von „Diensten der Informationsgesellschaft“ zu ersetzen. In diesem Fall muss nicht nur festgestellt werden, ob die Verbreiter von Inhalten – nicht nur wegen ihres Beitrags zur Ausübung der Meinungsfreiheit durch ihre Nutzer, sondern auch wegen des Potenzials für schwere und dauerhafte Schäden bei illegalen Inhalten aufgrund ihrer schnellen und flächendeckenden Verbreitung – in einer bestimmten Art und Weise behandelt werden müssen, da sie eine andere Rolle im

Online-Umfeld haben als eine Plattform beispielsweise im Bereich des Verkaufs von Waren, sondern es muss sich auch auf neue Kriterien zur Definition von Anbietern geeinigt werden. Ein anderer Weg könnte darin bestehen, die bestehende ECRL so zu ändern, dass klargestellt wird, unter welchen Bedingungen Haftungsbefreiungen nicht gelten und welche Arten von Anbietern in den Anwendungsbereich einbezogen werden.

22. Sollte in naher Zukunft keine rechtliche Klarstellung erfolgen, müssen die zuständigen Behörden die bestehenden Regeln auch für die grenzüberschreitende Verbreitung von Inhalten proaktiver anwenden, auch wenn es vielleicht nicht von vornherein klar erscheint, ob beispielsweise ein adressierter Anbieter eine Haftungsfreistellung in Anspruch nehmen kann. Angesichts der Notwendigkeit eines effizienten Schutzes der Grundrechte und -werte auch im Online-Kontext ist Inaktivität keine Option. Ausgehend von der Verpflichtung zum Schutz der Grundrechte, die typischerweise in den nationalen Verfassungsbestimmungen vorgesehen ist, und den Zielen von öffentlichem Interesse – die auch den Werten der EU zugrundliegen – rechtfertigen es selbst Schwierigkeiten bei der effektiven Durchsetzung von Regeln nicht, den entsprechenden Versuch nicht zu unternehmen. Dies gilt insbesondere dann, wenn - wie bei der Verbreitung von Online-Inhalten - eine politische Schlussfolgerung gezogen wird, dass Maßnahmen erforderlich sind.
23. Angesichts der Schwierigkeiten bei der Rechtsdurchsetzung, die nicht zuletzt aus Unsicherheiten über die Rolle der Dienstleister und die grenzüberschreitende Dimension resultieren, sollte die Regulierung versuchen, die betroffene Branche so weit wie möglich in den Durchsetzungsprozess einzubeziehen. Zunehmend führen die EU-Rechtssetzungsakte selbst Ko-Regulierungsansätze ein oder empfehlen den Mitgliedstaaten solche Ansätze zu ergreifen, um erstens die von den Verpflichtungen der Regelwerke betroffenen Parteien zu einer aktiven Beteiligung zu bewegen, zweitens auf die Entwicklung von Industriestandards vertrauen zu können und drittens einen Regulierungsansatz zu ermöglichen, der weniger eingriffsintensiv in Bezug auf die Grundrechte ist. Typischerweise beinhalten solche Ko-Regulierungsansätze die Erstellung von Verhaltenskodizes. Hier und generell ist darauf hinzuweisen, dass die Ko-Regulierung die Möglichkeit von Maßnahmen der Regulierungsbehörden notwendigerweise vorsehen muss, wenn die Einhaltung der Regeln nicht über den Branchenansatz

- erreicht wird, sowie eine Beteiligung am Prozess der Erstellung solcher „Regeln“.
24. Zwei wesentliche Herausforderungen sind noch zu lösen, eine inhaltliche und eine verfahrenstechnische, welche die Frage betreffen, welche Stelle für die Durchsetzung der Vorschriften zuständig ist. Sowohl die ECRL als auch die AVMD-RL stützen sich auf das Herkunftslandprinzip, das dem Staat, der für den Anbieter zuständig ist, Überwachungs- und Kontrollaufgaben zuweist, in der Regel anknüpfend an die Niederlassung des Anbieters. Dieser Grundsatz gilt jedoch nicht uneingeschränkt: beide Regelwerke sehen Ausnahmeregelungen vom Grundsatz vor, wenn aufgrund mangelnder Durchsetzung im Herkunftsstaat übergeordnete Ziele des öffentlichen Interesses möglicherweise beschädigt werden. In diesem Fall kann der Marktort des jeweiligen Dienstes Auslöser für eine regulatorische Maßnahme sein. Die Bedingungen für diese subsidiäre Zuständigkeit sowie die in beiden Richtlinien eingeführten Verfahren sind sehr streng und mit langen Fristen verbunden, da es als notwendig erachtet wurde, das Herkunftslandprinzip zu schützen. Die Natur der Online-Inhalte, die regelmäßig bis zu ihrer Entfernung verfügbar sind, erfordert Lösungen, mit denen der Zugriff auf illegale und schädliche Inhalte schneller unterbunden werden kann. Es ist denkbar, das Herkunftslandprinzip beizubehalten, aber gegebenenfalls eine Anknüpfung an den Marktort zu ermöglichen, indem entweder die Verfahren vereinfacht oder die Fälle, in denen andere als die Regulierungsbehörden des Herkunftslandes tätig werden können, ausdrücklich definiert werden.
25. Die zweite Herausforderung betrifft den institutionellen Aufbau. Es bedarf einer klaren Zuweisung von Kompetenzen an Stellen, die für die Überwachung und Aufsicht von Online-Dienstleistern zuständig sind. Neben den Strafverfolgungsbehörden, die für die Ermittlung und Verfolgung von Straftaten zuständig sind, müssen die Regulierungsbehörden in der Lage sein, diese Rolle bezüglich des Umgangs mit illegalen Inhalten zu übernehmen. Wegen der Gefahr, die Meinungsfreiheit zu beeinträchtigen, wenn es in diesem Prozess einen direkten staatlichen Einfluss gibt, sind unabhängige Regulierungsbehörden am besten vorbereitet, diese Aufgabe zu übernehmen. Dementsprechend wurde in den meisten Mitgliedstaaten der EU jenen Regulierungsbehörden, die sich traditionell mit audiovisuellen Inhalten bei der linearen Verbreitung von Inhalten beschäftigt haben, auch die Kompetenz für die Online-Verbreitung von Inhalten eingeräumt. Die Regulierungsbehörden sollten klar zugewiesene Aufgaben haben, die

Executive Summary

auch ihre Rolle bei der Ko-Regulierung umfassen und mit ausreichenden Mitteln ausgestattet sein, etwa mit Sanktionsbefugnissen. Um die grenzüberschreitende Überwachung effizient zu gestalten, bedarf es zudem einer noch auszugestaltenden Zusammenarbeit zwischen den nationalen Regulierungsbehörden in der EU. Im Rahmen einer solchen Zusammenarbeit könnten „Gemeinschaftsnormen“ entwickelt werden, die eine Vereinbarung darüber enthalten, was als illegal und schädlich anzusehen ist und welche Art von Maßnahmen regelmäßig von den zuständigen nationalen Behörden zu ergreifen sind. Die Kooperationsmechanismen sollten im Bedarfsfall eine schnelle Reaktion ermöglichen.