
GRUR Junge Wissenschaft

Hamburg 2020/2021

Kuschel | Asmussen | Golla [Hrsg.]

Intelligente Systeme – Intelligentes Recht



Nomos

Die Zeichen GRUR und die grüne Farbe sind eingetragene Marken der GRUR-Vereinigung. GRUR – der grüne Verein. Verwendung mit freundlicher Genehmigung der GRUR-Vereinigung.

GRUR Junge Wissenschaft

Hamburg 2020/2021

Linda Kuschel | Sven Asmussen | Sebastian Golla [Hrsg.]

Intelligente Systeme – Intelligentes Recht



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8142-3 (Print)

ISBN 978-3-7489-2570-5 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

Dieser Band versammelt die Beiträge zu der 6. Tagung GRUR Junge Wissenschaft 2021 unter dem Generalthema *Intelligente Systeme – Intelligentes Recht*. Wir danken der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR), der Kanzlei Simmons & Simmons und dem Nomos Verlag, die die – ursprünglich schon für das Jahr 2020 geplante und schließlich ins digitale Format überführte – Tagung und diesen Sammelband großzügig gefördert haben.

Lernfähige Technologien fordern traditionelle Konzepte heraus – darunter die Anthropozentrik des Rechts, seine Anwendungsmethoden und Formen. Möglicherweise müssen das Recht und seine Durchsetzung angesichts lernfähiger Technologien selbst verstärkt lernfähig werden. Nachwuchswissenschaftler*innen aus den Bereichen des Immaterialgüter-, Medien-, Wettbewerbs-, Informations- und Datenschutzrechts haben für diesen Band aktuelle Fragen aus ihren Referenzgebieten in diesem Kontext untersucht. Sie haben nach verborgenen Schutzgütern gefahndet, „Moving Targets“ ins Visier genommen und neue Regulierungsebenen entdeckt. Sie sind der Schutzfähigkeit von Systemen „künstlicher Intelligenz“, sowie deren In- und Output nachgegangen. Sie haben die Möglichkeiten und Grenzen automatisierter Rechtsdurchsetzung ausgeleuchtet und das Haftungsrecht technifiziert.

Ob das Recht dadurch etwas lernt? Jedenfalls haben wir Herausgeber*innen hiervon zahlreiche Erkenntnisse gewonnen und hoffen, dass es Ihnen, liebe Leser*innen, genauso geht. Wir wünschen viel Vergnügen bei der Lektüre.

Inhalt

Hate Speech-Regulierung durch die EU – Entwicklungstendenzen und Herausforderungen <i>Sebastian Theß, Nora Wienfort</i>	9
Steter Modernisierungsbedarf im Bereich der neuen audiovisuellen Mediendienste und -plattformen – kann der Medienstaatsvertrag Abhilfe schaffen? <i>Janine Marinello</i>	41
Die Technology Judgement Rule <i>Michael Denga</i>	63
Ein „KI-TÜV“ für Europa? Eckpunkte einer horizontalen Regulierung algorithmischer Entscheidungssysteme <i>Ferdinand Müller, Elsa Kirchner, Martin Schüßler</i>	85
Das Erfordernis technikverständlichen Verhaltens im Urheberrecht <i>Darius Rostam</i>	107
Grenzen automatisierter Rechtsdurchsetzung bei Verletzung von Persönlichkeitsrechten nach EuGH C-18/18 <i>Joachim Pierer</i>	133
#abmahnroboter – Möglichkeiten und Grenzen von Legal Techs bei der Urheberrechtsdurchsetzung <i>Florian Skupin</i>	157
„From sainted to tainted data“ – Rechte Dritter an KI-Trainingsdaten <i>David Linke</i>	179
Umgang mit IP-rechtlichen Herausforderungen von „Machine Learning“ am Beispiel von Evolutionary Algorithms <i>Stefan Papastefanou</i>	199

Inhalt

<i>Computer-Generated Works</i> im deutschen Urheberrecht? Überlegungen zur Schutzfähigkeit von KI-Erzeugnissen in komplexen technischen Entwicklungsprozessen <i>Philipp Hacker</i>	223
Die Datenverkehrsfreiheit – Ein Beitrag zur Schutzgutdebatte im Datenschutzrecht <i>Jonas Botta</i>	251
Selbstbegünstigung durch Vorinstallation von Apps und deren privilegierte Listung im App Store: Ausbeutungsmissbrauch mit Behinderungswirkung gem. Art. 102 AEUV? <i>David Korb</i>	277

Hate Speech-Regulierung durch die EU – Entwicklungstendenzen und Herausforderungen

*Sebastian Theß, Nora Wienfort**

Die Regulierung und Bekämpfung von Hate Speech ist Gegenstand reger nationaler und europäischer Debatten. Zwar ist Hate Speech kein neues Phänomen, tritt im Internet aber in neuer Qualität und Quantität auf.¹ Vorfälle wie das Attentat auf Walter Lübcke 2019, der bereits vor seinem Tod Ziel von Morddrohungen und Beschimpfungen im Internet war, oder der französische Skandal um die „Ligue du LOL“, in der eine Gruppe von Journalisten systematische Hasskampagnen gegen Frauen organisierte,² stoßen auf große Medienresonanz und verdeutlichen die Dringlichkeit des Vorgehens gegen Hate Speech.

Der deutsche Gesetzgeber hat 2017 mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) erstmals eine verbindliche bereichsspezifische Regulierung zur Bekämpfung von Hate Speech vorgelegt. Ein französisches Gesetz zur Bekämpfung von Hass im Internet³ wurde im Mai 2020 verabschiedet, allerdings hat es der Conseil Constitutionnel kurz vor Inkrafttreten zu weiten Teilen für verfassungswidrig erklärt.⁴ Für die EU ist das Anlass zum Handeln: Angesichts der unterschiedlichen Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Intermediären in den Nationalstaaten droht eine massive

* Sebastian Theß und Nora Wienfort, Wissenschaftliche Mitarbeiter*innen am Lehrstuhl von Prof. Dr. Martin Eifert, LL.M. (Berkeley), Humboldt-Universität zu Berlin. Besonderer Dank für ihre wertvollen Anregungen gilt Prof. Dr. Martin Eifert, Dr. Michael von Landenberg-Roberg und Dr. Alexander Schiff. Der Text wurde bereits im Juli 2020 fertiggestellt, sodass er den umfangreichen Kommissionsvorschlag zum Digital Services Act vom 15.12.2020 nicht mehr berücksichtigen konnte.

1 B. Pörksen, Die große Gereiztheit. Wege aus der kollektiven Erregung, München 2018, S. 62 ff.

2 https://www.liberation.fr/checknews/2019/02/08/la-ligue-du-lol-a-t-elle-vraiment-existe-et-harcele-des-feministes-sur-les-reseaux-sociaux_1708185 (alle Internetquellen zul. abgerufen am 30.7.2020).

3 Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet du 13 mai 2020.

4 Décision n° 2020–801 DC du Conseil Constitutionnel du 18 juin 2020.

Rechtszersplitterung im Binnenmarkt.⁵ Um dieser zu begegnen und die 20 Jahre alte E-Commerce-Richtlinie an die modernen Herausforderungen anzupassen, wird gegenwärtig mit dem Digital Services Act an der Schaffung neuer Verantwortungsstrukturen gearbeitet.

Vor diesem Hintergrund geht der Beitrag der Frage nach, wie eine problemangemessene Ausgestaltung der Verantwortlichkeit der Intermediäre für Hate Speech auf Unionsebene aussehen kann. Dazu wird zunächst der Begriff Hate Speech definiert (A.). Teil B nimmt die Entwicklung der Intermediärsverantwortlichkeit auf unionaler Ebene und die bereichsspezifischen Hate-Speech-Regelungen in den Mitgliedstaaten in den Blick, um darauf aufbauend Vor- und Nachteile verschiedener Regulierungsansätze und Leitplanken für eine sinnvolle Hate-Speech-Regelung auf EU-Ebene zu markieren (C.).

A. Hate Speech als Regulierungsgegenstand

Der Begriff „Hate Speech“ und das deutsche Äquivalent „Hassrede“ sind weder feststehende Rechtsbegriffe des europäischen noch des nationalen Rechts. Je nach Kontext unterscheiden sich die gängigen Definitionen erheblich. Dies erschwert insbesondere die transnationale Regulierung. Sowohl im wissenschaftlichen als auch im zivilgesellschaftlichen Bereich gilt Hate Speech als unsachliche Äußerung, die andere Menschen herabwürdigt, herabwürdigen soll oder zur Herabwürdigung – auch in gewalttätiger Form – aufruft oder aufstachelt, wobei der Begriff zumeist voraussetzt, dass die Äußerung an die Zugehörigkeit von Personen zu einer bestimmten (als minderwertig dargestellten) Bevölkerungsgruppe anknüpft.⁶ Um dem Regelungsziel einer umfassenden Bekämpfung von Hass und Hetze im Internet gerecht zu werden, versteht dieser Beitrag unter „Hate Speech“

5 Siehe (geleaktes) Papier zur Vorbereitung des Digital Services Acts der EU-Kommission (nachfolgend: EU-Kommissionspapier), <https://netzpolitik.org/2019/leaked-document-eu-commission-mulls-new-law-to-regulate-online-platforms/>, S. 6; Berichtsentwurf des Europäischen Parlaments zum Digital Services Act (nachfolgend: EP-Berichtsentwurf) v. 24.4.2020, 2020/2018(NL), S. 6 (Nr. 22).

6 Vgl. etwa Anhang zur Empfehlung Ministerkomitee Europarat 1997 – EMPFEHLUNG NR. R (97) 20, <http://www.egmr.org/minkom/ch/rec1997-20.pdf>; Verhaltenskodex der EU (s. Fn. 49) unter Verweis auf Rahmenbeschluss 2008/913/JI des Rates v. 28.11.2008; aus der rechtswissenschaftlichen Literatur V. *Pjechal*, Hate Speech and Human Rights in Eastern Europe, Abingdon/New York 2020, S. 30; A. K. *Struth*, Hassrede und Freiheit der Meinungsäußerung, Heidelberg 2019, S. 23, 33 ff.

auch rechtswidrige Inhalte ohne Gruppenbezug. Entsprechend erfasst etwa das deutsche NetzDG auch nicht-gruppenbezogene Äußerungsdelikte wie die Beleidigung nach § 185 StGB. Im Regulierungskontext meint Hate Speech in der Regel nur *rechtswidrige* Hate Speech; dass die zu entfernende Äußerung über ihre Rechtswidrigkeit nach zivilrechtlichen Normen (z.B. wegen Verstoßes gegen das Persönlichkeitsrecht) hinaus auch *strafbar* sein muss, ist dagegen nicht zwingend. Hate Speech meint im Folgenden also alle rechtswidrigen unsachlichen, herabwürdigenden oder zur Herabwürdigung aufrufenden Äußerungen, unabhängig von einer Anknüpfung an bestimmte Bevölkerungsgruppen und unabhängig von ihrer Strafbarkeit.

B. Die Entwicklung der Verantwortlichkeit der Intermediäre auf unionaler Ebene

Um mögliche Ausgestaltungen einer unionalen Hate Speech-Regulierung skizzieren zu können, ist die bisherige Entwicklung der Intermediärhaftung in der EU in den Blick zu nehmen: Von der E-Commerce-Richtlinie (ECRL)⁷ mit ihrer weitgehenden Haftungsprivilegierung (I.) über Hate Speech-spezifische Ansätze der Mitgliedstaaten (II.) zur bereichsspezifischen Verantwortungsschärfung durch die EU (III.).

I. Die Anfangsphase: Weitgehende Haftungsbegrenzung für Intermediäre zur Wirtschafts- und Technologieförderung

Die ECRL stellte im Jahr 2000 die Weichen für die Ausgestaltung der Verantwortlichkeit der Intermediäre. Sie zielte primär darauf ab, den sich neu herausbildenden Geschäftszweig elektronischer Dienstleister zur Wirtschafts- und Technologieförderung durch Haftungsprivilegierungen zu fördern.⁸ Man befürchtete, dass die Anwendung der bestehenden Haftungsregelungen in den Mitgliedstaaten wegen der praktisch unmöglichen Kontrolle aller über die Intermediäre ausgetauschten Daten zu unüberschaubaren Haftungsrisiken führen und deren Entwicklung damit hindern

⁷ RL 2000/31/EG v. 17.7.2000.

⁸ M. Eifert, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Plattformregulierung, in: M. Eifert/T. Gostomzyk, Netzwerkrecht, Baden-Baden 2018, S. 9 (10 ff.).

würde.⁹ Zu Beginn standen deshalb eher der Schutz vor proaktiven Pflichten, vor Schadensersatzhaftung und strafrechtlicher Verantwortung im Vordergrund und weniger der Schutz vor einer Inanspruchnahme auf Beseitigung und Unterlassung rechtswidriger Inhalte.¹⁰

Als Vorreiter dieses Ansatzes galten das US-Recht¹¹ und das deutsche Teledienstegesetz.¹² In Anlehnung daran sehen die Art. 12 ff. ECRL einen umfassenden Schutz der Intermediäre vor einer Verantwortlichkeit für fremde Inhalte vor. Dieser wird nicht durch eine (positive) unionale Ausgestaltung der Haftungsregelungen erzielt, sondern indem über alle nationalen Haftungsregime eine vollharmonisierende Haftungsbegrenzung als „Filter“ gelegt wird.¹³ So gebietet Art. 15 ECRL, dass die Mitgliedstaaten Intermediären „keine allgemeine Verpflichtung auf[erlegen], die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen.“ Flankierend sieht Art. 14 ECLR eine Haftungsprivilegierung für die hier allein relevanten „Host-Provider“ vor. Diese sind grundsätzlich nicht für rechtswidrige nutzergenerierte Inhalte auf ihren Plattformen verantwortlich, außer sie erhalten von der Rechtsverletzung tatsächliche Kenntnis oder – für eine Schadensersatzhaftung – die Rechtsverletzung ist aufgrund der Umstände offensichtlich (Art. 14 I lit. a) und sie werden daraufhin nicht unverzüglich tätig, um die Information zu sperren (Art. 14 I lit. b).

Demgegenüber blendete man die positive Ausgestaltung der (Rest-)Verantwortlichkeit, insbesondere Maßnahmen, um eine effektive Entfernung rechtswidriger Inhalte sicherzustellen, weitgehend aus: So beinhaltet die ECRL in Art. 14 im Gegensatz zum US-Recht keine näheren Vorgaben für die Ausgestaltung eines problemadäquaten Melde- und Prüfverfahrens (sog. „notice and action“-Verfahren), das zur Kenntnisnahme führen kann. Vielmehr wird dies nur implizit und in rudimentären Grundzügen gere-

9 G. Spindler, in: G. Spindler/P. Schmitz, TMG, 2. Aufl., München 2018, Vor §§ 7 ff. Rn. 1, § 10 Rn. 1 f.

10 S. D. Hoffmann/C. Volkmann, in: G. Spindler/F. Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl., München 2019, Vor §§ 7 ff. TMG Rn. 1 ff. und G. Spindler (Fn. 9), Vor §§ 7 ff. Rn. 2 ff. zu in den 1990er Jahren öffentlichkeitswirksamen zivil- und strafrechtlichen Verfahren gegen Intermediäre, die die Entwicklung maßgeblich prägten; dazu auch A. Kuczerawy, *Intermediary Liability and Freedom of Expression in the EU: from Concepts to Safeguards*, Cambridge 2018, S. 55 ff.

11 S. § 230 Communications Decency Act u. § 512 Digital Millennium Copyright Act; zu diesen Ansätzen und zum Vergleich mit der ECRL s. A. Kuczerawy, *Liability* (Fn. 10), S. 65 ff.

12 G. Spindler (Fn. 9), Vor §§ 7 ff. Rn. 3.

13 S. J. Marly, in: E. Grabnitz/M. Hilf, *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Aufl., München 2009, ECRL, Vor Art. 12 ff. Rn. 4.

gelt.¹⁴ Die nähere Ausgestaltung bleibt den Mitgliedstaaten vorbehalten.¹⁵ Der EU-Gesetzgeber ging davon aus, dass diese grobmaschigen Vorgaben eine „geeignete Grundlage für die Entwicklung rasch und zuverlässig wirkender Verfahren zur Entfernung unerlaubter Informationen“¹⁶ bilden. Man vertraute also auf eine Marktlösung und die freiwillige Entwicklung angemessener Verfahren durch Intermediäre.¹⁷ Dies sollte durch ein Zusammenwirken von Mitgliedstaaten, Kommission und Intermediären in Form freiwilliger Selbstverpflichtungen („Verhaltenskodizes“, Art. 16 ECRL) ergänzt und effektiviert werden.¹⁸

Bereits früh wurde darauf hingewiesen, dass die Wahl eines Haftungskriteriums, das auf positive Kenntnis abstellt, aber kein Pflichtenprogramm zur Erlangung dieser Kenntnis enthält, keinerlei Anreize zum Herausbilden geeigneter Melde-, Prüf-, und Kontrollverfahren bzgl. rechtswidriger Inhalte setzt, sondern im Gegenteil Passivität fördert.¹⁹ Denn derjenige Intermediär, der von sich heraus z.B. entsprechende Meldeverfahren etabliert, wird leichter und in mehr Fällen Kenntnis von rechtswidrigen Inhalten erlangen und daher schneller einem Haftungsrisiko ausgesetzt. Zudem erhöhen Intermediäre, die proaktive Prüfungen und Kontrollen von Inhalten vornehmen, u.a. auch mangels eines „Good-Samaritan-Privilegs“, ihr Haftungsrisiko.²⁰ Die weitere Entwicklung stellte dies unter Be-

14 A. Kuczerawy, Liability (Fn. 10), S. 63, S. 99.

15 Vgl. Art. 14 III letzter Hs. u. Erwägungsgrund 46; J. Marly (Fn. 13), Art. 14 Rn. 20.

16 Erwägungsgrund 40 ECRL.

17 So auch J. Marly (Fn. 13), Art. 14 Rn. 20.

18 S. A. Kuczerawy, Liability (Fn. 10), S. 99, die den Selbstregulierungsansatz als ineffizient bezeichnet.

19 So bereits G. Spindler, Rechtliche Verantwortlichkeit nach Maßgabe technischer Kontrollmöglichkeiten? Das Beispiel der Verantwortlichkeit von Internet-Providern, in: M. Eifert/W. Hoffmann-Riem, Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation, Bd. IV, Berlin 2011, S. 67 (79 f., 91 f.).

20 Dies dürfte zwei Gründe haben. Durch das proaktive Tätigwerden wird der Intermediär typischerweise in mehr Fällen positive Kenntnis eines rechtswidrigen Inhaltes erlangen und so im Falle einer nicht rechtzeitigen Reaktion dem Haftungsregime der Mitgliedstaaten ausgesetzt. Zum anderen geht die Haftungsprivilegierung in Art. 14 ECRL vom Bild eines neutralen, also passiven Diensteanbieters aus, der eine gewisse Distanz zu den Beiträgen seiner Nutzer halten muss (siehe P. v. Eecke, CMLR 48 (2011), S. 1455 (1482 ff.) und aus der Rspr. EuGH, Urt. v. 23.03.2010, C-236/08, (Google und Google France) = GRUR 2010, 445, Rn. 114 sowie EuGH, Urt. v. 12.11.2011, C-324/09, (L'Oréal/eBay) = GRUR 2011, 1025, Rn. 113). Je stärker das proaktive Tätigwerden ausfällt, desto höher ist die Gefahr, sich in das Lager des Content-Providers zu begeben und so die Haftungsprivilegierung des Art. 14 ECRL zu verlieren (vgl. H. Frey, ZUM 2019, S. 40 (43)).

weis: Die meisten Intermediäre trafen keine nennenswerten Vorkehrungen; die Möglichkeit der Selbstverpflichtung blieb weitgehend ungenutzt. Verschärfend trat hinzu, dass ein Großteil der Mitgliedstaaten von ihrer Möglichkeit zur Ausgestaltung eines „notice and action“-Verfahrens keinen Gebrauch machte.²¹

II. Verantwortungsschärfung in den Mitgliedstaaten – von der Störerhaftung zum NetzDG und zum gescheiterten französischen Entwurf

1. Die Störerhaftung als zentrales Instrument zur Verantwortungsschärfung

Die defizitäre Ausgestaltung der Intermediärs-Verantwortlichkeit in der ECRL veranlasste Anfang bis Mitte der 2000er Jahre maßgeblich die Rechtsprechung in Deutschland und kurz darauf auch andere Mitgliedstaaten dazu, mit Hilfe der negatorischen Haftung, also der Verpflichtung zur Beseitigung erfolgter und zur Unterlassung künftiger Verletzungen (nachfolgend „Störerhaftung“), eine schärfere Verantwortungsstruktur zu etablieren.²² Auslöser der Störerhaftung ist danach der kausale Beitrag der Intermediäre zur Rechtsverletzung Dritter. Man nutzte die Störerhaftung zunehmend als Instrument zur Entwicklung feinziselierter, auf verschiedene Rechtsgebiete zugeschnittener Prüf- und Kontrollpflichten, die auf sämtliche betroffene Interessen Rücksicht nehmen sollten.²³

Das Verhältnis dieser Entwicklungen zu den Art. 12 ff. ECRL ist nicht abschließend geklärt. Das grundsätzliche Spannungsverhältnis zwischen der aus der Störerhaftung folgenden Pflicht, einen konkreten rechtswidrigen Inhalt nach der Entfernung auch künftig zu unterlassen (was ein gewisses Maß an Überwachung erfordert) und dem Verbot von Überwachungspflichten allgemeiner Art in Art. 15 ECRL wurde dahingehend aufgelöst, dass Art. 15 ECRL jedenfalls einer anlassbezogenen Überwachungs-

21 Siehe M. Cole/C. Etteldorf/C. Ullrich, Cross-Border Dissemination of Online Content, Baden-Baden 2020, S. 177 ff. m.w.N.

22 G. Wagner, GRUR 2020, S. 329 (333); zum Einfluss der dt. Störerhaftung auf andere Mitgliedstaaten s. G. Spindler, Verantwortlichkeit (Fn. 19), S. 67 (79 ff.); ein sehr detaillierter Überblick über die Rechtsgrundlagen zur Störerhaftung und deren Konturierung durch die nationalen Gerichte in zahlreichen Mitgliedstaaten findet sich bei G. Riccio/T. Verbiest/G. Spindler, Study on the liability of internet intermediaries, 2007, S. 48 ff., <https://ssrn.com/abstract=2575069> und M. Leistner, GRUR Int. 2014, S. 75 ff.

23 Umfassend zur Störerhaftung s. G. Spindler (Fn. 9), § 7 Rn. 41 ff.

pflcht im Einzelfall und in Bezug auf spezifische Verletzungshandlungen nicht entgegenstehen sollte.²⁴ Noch nicht abschließend geklärt, aber mit deutlicher Harmonisierungstendenz ist die Reichweite der Unterlassungspflicht.²⁵ Deutlich offener ist das Verhältnis zwischen der Störerhaftung und Art. 14 I, II ECRL, da die ECRL zur Inanspruchnahme auf Beseitigung und Unterlassung keine explizite Aussage trifft.²⁶ Allerdings lässt Art. 14 III ECRL die Möglichkeit der Gerichte der Mitgliedstaaten unberührt, das Abstellen oder Verhindern der Rechtsverletzung zu verlangen. Weit überwiegend wurde dies auf den Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch bezogen und zusammen mit dem Erwägungsgrund 46 so verstanden, dass Art. 14 ECRL die Störerhaftung nicht erfasst und den Mitgliedstaaten insoweit Freiheit belässt.²⁷

2. Gesetzliche Effektivierung der Störerhaftung – NetzDG und französischer Entwurf

Einige Mitgliedstaaten suchen auf nationaler Ebene nach Möglichkeiten, insbesondere soziale Netzwerke stärker in die Verantwortung zu nehmen. Blaupause für eine Ausgestaltung der nationalen Störerhaftung im Bereich Hate Speech ist das deutsche NetzDG von 2017. Mit der *Loi visant à lutter contre les contenus haineux sur internet* hat Frankreich 2020 einen ähnlichen

24 *J. Marly* (Fn. 13), Vor Art. 12 ff. Rn. 10; so auch BGHZ 158, 236 ff. und EuGH, Urt. v. 15.9.2016, C-484/14 (McFadden) = GRUR 2016, S. 1146 und Urt. v. 3.10.2019, C-18/18 (Glawischnig Piesczek) = MMR 2019, S. 798.

25 Vgl. die „Kerntheorie“ des BGH, obgleich deren Übertragung auf Persönlichkeitsrechtsverletzungen noch offen ist, BGH, Urt. v. 4.12.2018 – VI ZR 128/18-, juris Rn. 17 ff.; zur ähnlichen Entwicklung auf Unionsebene siehe EuGH, Urt. v. 12.11.2011, C-324/09, (L’Oréal/eBay) = GRUR 2011, 1025 und – für Meinungsäußerungen – EuGH MMR 2019, S. 798 (Glawischnig Piesczek); näher dazu unter C. I. 3.

26 Dies schon frühzeitig kritisierend *G. Spindler*, MMR 1999, S. 199 (204).

27 So die frühere Rspr., siehe BGHZ 158, 236 ff., obgleich der BGH nunmehr die i.R.d. Störerhaftung gefundenen Ergebnisse mit der ECRL abgleicht, siehe BGH, Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 57/09-, juris Rn. 22; deutlich in diese Richtung EuGH MMR 2019, S. 798 (Glawischnig Piesczek) Rn. 25; so auch *G. Wagner*, GRUR 2020, S. 329 (333); differenzierte a.A. *B. Paal*, in: H. Gersdorf/B. Paal, BeckOK Informations- und Medienrecht, 28. Edition 2020, § 7 TMG Rn. 56.

Vorstoß gewagt. Der Conseil Constitutionnel hat dieses Gesetz im Juni 2020 allerdings weitgehend für verfassungswidrig erklärt.²⁸

Diese neuen nationalen Regelungen drängen die EU, zur Vermeidung einer entsprechend wachsenden Rechtszersplitterung im Binnenmarkt nach einer gesamteuropäischen Lösung zu suchen. Hierbei kann sie sich die Erfahrungen und Ideen der mitgliedstaatlichen Ansätze zunutze machen. Das NetzDG und der französische Entwurf werden im Folgenden in Grundzügen vergleichend vorgestellt, um einerseits eine Bewertung einzelner Ansätze zu ermöglichen, andererseits auch nationale Besonderheiten sichtbar zu machen, die bei einem europäischen Ansatz zu berücksichtigen sind. Beide Gesetze haben zum Ziel, bestimmte rechtswidrige Inhalte im Internet zu reduzieren.²⁹ Um dies zu erreichen, statuieren sie Pflichten zur Ausgestaltung eines Melde- und Prüfverfahrens und Entfernungspflichten.

a. Gegenstand

Gegenstand von Prüf- und Entfernungspflichten sind jeweils bestimmte rechtswidrige, strafbare Inhalte. Die Bandbreite der im französischen Entwurf genannten rechtswidrigen Inhalte ist dabei weiter als nach § 1 III NetzDG; ersteres verweist auch auf terroristische Inhalte (vgl. Art. 1^{er} n° 9). Dagegen ist die einfache Beleidigung (§ 185 StGB/Art. 29 Loi du 29 juillet 1881) nur vom NetzDG, nicht aber vom französischen Entwurf erfasst. Dass die Verwendung verfassungswidriger Symbole i.S.d. § 86a StGB unter die vom NetzDG erfassten rechtswidrigen Inhalte fällt, während Inhalte, die gegen das französische Pendant (Art. R645–1 Code pénal) verstoßen, nicht Gegenstand des französischen Entwurfs sind, zeigt, dass der Bekämpfung bestimmter Inhalte je nach Nationalstaat aus historischen Gründen unterschiedliche Bedeutung beigemessen wird.

b. Meldeverfahren

Beide Gesetze machen Vorgaben zur Ausgestaltung eines Meldeverfahrens. § 3 I 2 NetzDG fordert ein leicht erkennbares, unmittelbar erreichba-

28 Décision n° 2020–801 DC (Fn. 4), insb. Rn. 8, 19; vgl. dazu N. Wienfort, Blocking Overblocking, Verfassungsblog v. 20.06.2020, <https://verfassungsblog.de/blocking-overblocking/>.

29 BT-Drs. 18/12356, S. 1 f.; Proposition de loi n° 1785 du 20 mars 2019, S. 4 ff.

res und ständig verfügbares Meldesystem. Dieses kann sich bei einzelnen Netzerkennern jedoch unterscheiden. Die Platzierung eines einheitlichen Meldebuttons unmittelbar bei den Inhalten wird bisher nicht verlangt.³⁰ Der französische Entwurf sah die Einrichtung eines einheitlichen, unmittelbar erreichbaren und einfach nutzbaren Meldewegs vor (Art. 4 n° 4, 5).

Die Meldeberechtigung ist im NetzDG und seinem französischen Pendant vergleichbar umfassend geregelt: Berechtigt sind jeweils alle natürlichen Personen, in Deutschland daneben auch Beschwerdestellen (vgl. § 2 II Nr. 3 NetzDG), in Frankreich auch bestimmte Vereinigungen und Behörden (Art. 1^{er} n° 17, Art. 2 n° 1). Der französische Entwurf machte anders als das NetzDG genaue Vorgaben dazu, welche persönlichen Angaben der Meldenden und welche Angaben zum rechtswidrigen Inhalt erforderlich sind (Art. 2 n° 1–5). In Deutschland ergibt sich der Umfang der Darlegungslast dagegen nicht aus dem NetzDG, sondern aus den für die Störerhaftung etablierten Vorgaben.³¹

c. Prüf- und Entfernungspflicht

Zu prüfen ist nach beiden Regelungen nur der jeweils an einer bestimmten Stelle aufgefundene konkret gemeldete Inhalt. Eine anlasslose Prüfung ist nicht geboten. In Deutschland umfasst die Störerhaftung zwar die Verpflichtung des Netzerkenners, die Wiederholung der gemeldeten Rechtsverletzung zu verhindern („notice and stay down“).³² Hinsichtlich derjenigen Hate Speech-Inhalte, deren Bewertung besonders kontextabhängig ist, kommt diese Pflicht in der Regel jedoch nicht zum Tragen, weil jede erneute Veröffentlichung eines entfernten Inhalts eine umfassende Neubewertung der Rechtslage erfordert. Die Pflicht zur Bereitstellung eines bestimmten Melde- und Prüfverfahrens und zur Entfernung rechtswidriger Inhalte stellt nach dem Verständnis des deutschen Gesetzgebers keine durch das NetzDG geschaffene neue Rechtspflicht dar, sondern gestaltet die richterrechtlich entwickelte Störerhaftung lediglich aus. In Frankreich hätte sie die in Art. 6 I-2 der Loi pour la confiance dans l'économie numérique³³ normierten Sorgfaltspflichten der Netzerkennner ver-

30 M. Eifert/M. v. Landenberg-Roberg/S. Theß/N. Wienfort, *Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Bewährung*, Baden-Baden 2020, S. 53.

31 M. Eifert u.a., *NetzDG* (Fn. 29), S. 56 f.

32 G. Wagner, GRUR 2020, S. 447 (448) m.w.N. aus der BGH-Rechtsprechung.

33 Loi n° 2004–575 du 21 juin 2004.

schärft, also die Anforderungen für die von Art. 6 I-2 garantierte zivilrechtliche Haftungsfreistellung von Netzwerkanbietern erhöht.

Hinsichtlich der Entfernungspflicht unterscheiden sich die beiden nationalen Regelungen in einem wesentlichen Punkt: Nach französischem Entwurf wären nur *offensichtlich* rechtswidrige Inhalte zu entfernen (Art. 1^{er} n° 9; Ausnahme Art. 1^{er} n° 1–4). Nach NetzDG sind dagegen alle rechtswidrigen Inhalte, ob offensichtlich oder nicht, zu entfernen (§ 3 II Nr. 2, 3 NetzDG). Differenziert wird dort lediglich hinsichtlich der Prüf- und Entfernungsfristen. Der Anwendungsbereich des französischen Entwurfs ist insofern deutlich geringer, ebenso damit auch der Prüfaufwand der Netzwerkanbieter, die in komplizierten Fällen keine Entscheidung hätten treffen müssen.

Übereinstimmung herrscht hinsichtlich der Frist zur Entfernung offensichtlich rechtswidriger Inhalte: Diese beträgt in beiden Gesetzen 24 Stunden ab Eingang der Beschwerde (§ 3 II Nr. 2 NetzDG, Art. 1^{er} n° 9 des französischen Entwurfs). In anderen Fällen der Rechtswidrigkeit beträgt die Entfernungspflicht nach NetzDG in der Regel sieben Tage, § 3 II Nr. 3. Im Anschluss sind in Deutschland Beschwerdeführer*in und sich Äußernde*r unverzüglich begründet zu informieren (§ 3 II Nr. 5 NetzDG); nach dem französischen Entwurf wären allein Beschwerdeführer*innen zu informieren gewesen. Wäre ein Inhalt gem. französischem Entwurf entfernt worden, so hätte an dessen Stelle ein entsprechender Hinweis des Netzwerkanbieters erfolgen müssen (Art. 1^{er} n° 14). Eine solche Regelung lässt erkennen, dass an der entsprechenden Stelle überhaupt eine Meinungsäußerung fiel, schafft also Transparenz. Entsprechende Hinweise können Nutzer*innen anregen, weitere rechtswidrige Inhalte insbesondere im direkten Umfeld der entfernten Äußerung zu melden. Es wird zudem transparent, wie häufig eine Entfernung aufgrund der Hate Speech-Gesetze erfolgt.

Die Entscheidung darüber, ob ein Inhalt rechtswidrig ist, erfolgt nach NetzDG durch Menschen (vgl. § 3 IV 3 NetzDG³⁴), was den Einsatz technischer Mittel im Prüfverfahren wohl nicht ausschließt. Der französische Entwurf ließ ausdrücklich auch den Einsatz technischer Mittel zu (Art. 4 n° 7). Gemäß dessen Art. 4 n° 8–11 hätten Netzwerkanbieter Verfahren zur internen Überprüfung ihrer Entscheidungen anbieten müssen, und zwar in beide Richtungen: Einerseits für Meldende, wenn der Inhalt nicht entfernt wurde, andererseits für Poster*innen, wenn ihr Inhalt entfernt wurde. Genauere Vorgaben zum Überprüfungsverfahren machte das

34 Vgl. auch das Abstellen auf den „Wissensvertreter“ in BT-Drs. 18/12356, S. 22 und Verweis auf die „psychisch sehr belastbare Tätigkeit“ ebd., S. 24.

Gesetz jedoch nicht. Eine entsprechende Regelung existiert zwar in Deutschland nicht. Aktuell steht jedoch die Einführung eines vergleichbaren Gegenvorstellungsverfahrens zur Debatte.³⁵

d. Flankierende Vorschriften

Zentrale flankierende Vorschriften sind die Transparenzpflichten der Netzanbieter, die im NetzDG prominent in § 2 platziert sind. Vielfach kritisiert wird, dass ein einheitliches Veröffentlichungsformat nicht vorgeschrieben ist, was die Vergleichbarkeit erschwert. Art. 5 n° 6 des französischen Entwurfs sah eine Ausgestaltung der Transparenzpflichten durch den Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) vor.

Sowohl das NetzDG als auch der französische Entwurf treffen Regelungen, nach welchen die Netzanbieter bestimmte Ansprechpersonen für Behörden im Inland zu benennen haben (§ 5 NetzDG; Art. 5 n° 9 französischer Entwurf).

Nach französischem Entwurf sollte auch Personen eine Strafe drohen, die gezielt einen rechtmäßigen Inhalt als rechtswidrig melden, um dessen Entfernung zu erreichen (Art. 1^{er} n° 18). Da die Akteure in Deutschland die Zahl missbräuchlicher Meldungen als gering einstufen,³⁶ ist fraglich, ob eine solche Regelung, von der starke Abschreckungswirkung auf Meldende ausgeht, nicht eher schadet als nutzt und insoweit ein Underblocking fördert.

e. Überwachung und Durchsetzung

Verstöße gegen die gesetzlichen Vorgaben sind nach beiden Gesetzen mit Bußgeldern³⁷ bedroht. Die Bußgeldandrohung hinsichtlich der Pflicht, (offensichtlich) rechtswidrige Inhalte zu entfernen, unterscheidet sich jedoch erheblich: Während in Deutschland gem. § 4 I Nr. 2 ff. NetzDG nur

35 § 3b NetzDG n.F. nach dem Gesetzentwurf der BReg zur Änderung des NetzDG v. 31.03.2020, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Aenderung_NetzDG.pdf;jsessionid=E61A67B062BABBE925797A43F92F8A03.2_cid324?__blob=publicationFile&v=2.

36 M. Eifert u.a. (Fn. 29), S. 61.

37 Frankreich: „amende“; das französische Recht unterscheidet nicht zwischen Bußgeld und Strafzahlung.

systemische Verstöße ein Bußgeld nach sich ziehen können,³⁸ sah der französische Entwurf vor, dass schon ein einmaliger Verstoß gegen die Entfernungspflicht mit einem Bußgeld geahndet werden kann. Und während nach überzeugender Ansicht in Deutschland sowohl systematisches Under als auch systematisches Overblocking bußgeldbewehrt sind,³⁹ sollte in Frankreich ein Bußgeld nur bei Nichtentfernung eines offensichtlich rechtswidrigen Inhalts, nicht aber im umgekehrten Falle drohen. Diese beiden französischen Spezifika können erhebliche Anreize für ein Overblocking durch die Netzwerkanbieter setzen, was laut Conseil Constitutionnel – neben anderen Aspekten – gegen die verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit verstößt.⁴⁰ Diese Entscheidung weist damit auf ein erhebliches Problem hin, dem sich eine vereinheitlichte europäische Regelung gegenüberstünde: Die Vereinbarkeit mit den jeweiligen nationalen Grundrechten könnte in den Nationalstaaten umstritten sein und uneinheitlich beurteilt werden. Je nach Ausgestaltung der Regelung fänden nationale Grundrechte zwar aus EU-Sicht keine Anwendung, dies kann aus Sicht nationaler Verfassungsgerichte aber anders sein.⁴¹

Zusammenfassend weisen NetzDG und französischer Entwurf starke Parallelen auf. Ein entscheidender Unterschied liegt in der Ausgestaltung der Bußgeldvorschriften. Dass der französische Entwurf zu großen Teilen für verfassungswidrig erklärt wurde, während das NetzDG nach überzeugender, aber bestrittener Ansicht grundgesetzkonform ist,⁴² ließe sich einerseits mit der unterschiedlichen Ausgestaltung der Regelungen, andererseits aber auch mit divergierenden verfassungsrechtlichen Maßstäben in

38 Vgl. Bußgeldleitlinien des BMJV v. 22.3.2018, S. 7: „Dem sozialen Netzwerk droht bei einer Fehlentscheidung im Einzelfall kein Bußgeld. Diese gebotene systemische Betrachtungsweise verhindert, dass es zur vorsorglichen Löschung oder Sperrung [...] kommt („Overblocking“). Grundsätzlich folgt somit eine Nichterfüllung der aus § 3 Absatz 1 NetzDG folgenden Pflichten nicht bereits aus einem einzelnen Verstoß gegen die Vorgaben aus § 3 Absatz 2 Nummer 2 und 3 NetzDG [...].“

39 M. Eifert u.a., NetzDG (Fn. 29), S. 77 f. m.w.N. auch zur Gegenansicht.

40 Décision n° 2020–801 DC (Fn. 4), Rn. 19.

41 Zur Abgrenzung der Grundrechtsräume aus Sicht des BVerfG vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13-, juris Rn. 42 ff (Recht auf Vergessen I) zum unionsrechtlich nicht vollständig determinierten Recht; BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17-, juris Rn. 33 ff. (Recht auf Vergessen II) zum unionsrechtlich vollvereinheitlichten Recht.

42 M. Eifert, Plattformregulierung (Fn. 9), S. 9 (21 ff.); A. Schiff, MMR 2018, S. 366 ff.; a.A. M. Liesching, MMR 2018, S. 26 ff.; J. Wimmers/B. Heymann, AfP 2017, S. 93 (97 ff.).

den Mitgliedstaaten erklären. Letzteres stellte für eine unionale Vereinheitlichung eine besondere Herausforderung dar.

Ob und inwiefern nationale Regelungen wie das NetzDG mit bestehenden europarechtlichen Vorgaben kompatibel sind, ist umstritten. In Rede stehen dabei insbesondere das Herkunftslandprinzip aus Art. 3 ECRL⁴³ sowie die Vereinbarkeit mit Art. 14 ECRL.⁴⁴ Der Conseil Constitutionnel ließ diese Frage offen.⁴⁵ Eindeutigere unionale Regelungen, die die Spielräume der Mitgliedstaaten klar umreißen, ohne eine Verantwortungsschärfung bei Hate Speech zu verunmöglichen, sind daher wünschenswert.

III. Verantwortungsschärfung auf Unionsebene

Auch auf EU-Ebene erfolgt zunehmend eine Abkehr von der bloßen Haftungsfreistellung und hin zur bereichsspezifischen Ausgestaltung und Schärfung der Verantwortungsstruktur. Dieser Beitrag skizziert Entwicklungslinien und -tendenzen, um eine belastbare Einschätzung über den künftigen unionalen Rechtsrahmen bezüglich Hate Speech zu geben und daran anschließend Impulse für dessen Fortentwicklung zu setzen (dazu C.).

1. Von „Soft Regulation“ zu „Hard Law“

Gerade in den letzten Jahren wurden auf EU-Ebene die Bemühungen um effektivere Melde-, Prüf- und Löschverfahren durch freiwillige Maßnahmen wie Verhaltenskodizes, Diskussionsplattformen, Empfehlungen und Leitlinien erheblich intensiviert.⁴⁶ Exemplarisch sei hier auf zwei Bereiche eingegangen:

Kurz nach den Terroranschlägen in Paris 2015 wurde das EU-Internetforum gegründet, bei dem in gemeinsamen Treffen von Intermediären mit den Innenministern der Mitgliedstaaten und Vertreter*innen der EU u.a.

43 Vgl. nur M. Liesching, MMR 2018, S. 26 (29); G. Spindler, K&R 2017, S. 533 (535 f.); ders., ZUM 2017, S. 473 (475 ff.); J. Wimmers/B. Heymann, AfP 2017, S. 93 (96 f.).

44 Vgl. nur M. Liesching, MMR 2018, S. 26 (29); G. Spindler, ZUM 2017, S. 473 (478 ff.); J. Wimmers/B. Heymann, AfP 2017, S. 93 (95 f.).

45 Décision n° 2020-801 DC (Fn. 4), Rn. 9, 19.

46 Für eine Darstellung aller Maßnahmen s. Mitteilung der Kommission zum Umgang mit illegalen Online-Inhalten v. 28.9.2017, COM(2017) 555 final, S. 4.

ein freiwilliges Prüf- und Lösungsverfahren für terroristische Inhalte und der Aufbau einer „Hash-Datenbank“ organisiert wurde, in die aufgefundene terroristische Inhalte eingestellt und dadurch von anderen Intermediären schneller aufgefunden und beseitigen werden können.⁴⁷ Unter anderem aus diesen Erfahrungen hat die Europäische Kommission in einer Mitteilung grobe Leitlinien⁴⁸ und in einer Empfehlung engmaschige Vorschläge⁴⁹ für wirksame Maßnahmen im Umgang mit rechtswidrigen Online-Inhalten entwickelt. Neben Maßgaben für die Ausgestaltung eines effektiven „notice and action“-Verfahrens waren Vorschläge zu außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren, stärkerer Transparenz und verbesserter Zusammenarbeit enthalten. Die Mitteilung und Empfehlung weisen in Art und Detailgrad, insbesondere für terroristische Online-Inhalte,⁵⁰ bereits erhebliche Ähnlichkeit mit einer gesetzlichen Regelung auf. Gleichwohl vertraute man weitestgehend auf eine freiwillige Umsetzung der Maßgaben.

In unmittelbarem Nachgang zu den Terroranschlägen in Belgien entwickelte die EU-Kommission gemeinsam mit großen IT-Unternehmen einen Verhaltenskodex gegen Hassreden im Internet, der zum 31. Mai 2016 auf Grundlage des Art. 16 ECLR in Kraft trat.⁵¹ Inhaltlich bekräftigen die beteiligten Unternehmen darin ihre Bemühungen um eine effektivere Bekämpfung von Hate Speech i.S.d. Rahmenbeschlusses 2008/913/JI.⁵² Be-

47 Näher dazu s. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_5105. Im Zuge dessen wurde die bei Europol's European Counter Terrorism Centre ansässige Stelle „Europol's Internet Referral Unit“ (IRU) geschaffen, die sich gezielt mit der Bekämpfung von terroristischer Propaganda und damit zusammenhängenden extremistischen Aktivitäten im Internet beschäftigt und eng mit den sozialen Netzwerken zusammenarbeitet.

48 Mitteilung COM(2017) 555 final.

49 Empfehlung der Kommission für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten v. 1.3.2018, C(2018) 1177 final.

50 Für terroristische Inhalte siehe Kapitel III der Empfehlung C(2018) 1177 final, S. 15. ff., die erhebliche Ähnlichkeiten mit dem Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, COM(2018) 640 final 2018/0331(COD) (nachfolgend Online-Terror-VO) aufweisen.

51 „Code of conduct on countering illegal hate speech online“ v. 31.5.2016, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_de.

52 Der Hate Speech-Begriff des Kodex mit seinem Verweis auf den Rahmenbeschluss ist deutlich enger als nach dem im Beitrag unter A. zu Grunde gelegten Begriffsverständnis.

merkwürdig ist dabei, dass die einzelnen Vorgaben trotz ihres freiwilligen Charakters stark an die im NetzDG verbindlichen Regelungen erinnern. So verpflichten sich Intermediäre zur Etablierung eines effektiven Melde- und Prüfverfahrens für Hate Speech-Inhalte und sichern die Prüfung durch spezielle und geschulte Überprüfungs-Teams und die Entfernung der Mehrheit rechtswidriger Inhalte innerhalb von 24 Stunden zu. Zudem werden weitgehende Transparenzversprechen gegenüber Mitgliedstaaten und Öffentlichkeit gemacht.

Allerdings wurden schnell die Grenzen freiwilliger Maßnahmen offenbar: Die beschränkte Anzahl mitwirkender Intermediäre sowie Probleme bei Umfang und Geschwindigkeit der Umsetzung haben die EU-Kommission bereits für terroristische Online-Inhalte zu einem Umdenken bewegt, was sich im Vorschlag einer verbindlichen Online-Terror-VO widerspiegelt.⁵³ Die Defizite und die Gefahr der Rechtszersplitterung durch nationale Vorstöße sorgen auch im Bereich Hate Speech für ein Umdenken, wie die Justizkommissarin Jourova jüngst verkündete.⁵⁴

2. Von bereichsspezifischer zu einheitlicher horizontaler Regelung

Die EU-Kommission hat sich 2016 zunächst dafür entschieden, die Verantwortlichkeit durch bereichs- und problemspezifische Regelungen zu überarbeiten⁵⁵ und dies auch durch eine Reform des Urheberrechts (DSM-RL)⁵⁶, für audiovisuelle Mediendienste (AVMD-RL)⁵⁷ sowie einen Vorschlag für eine Online-Terror-VO umgesetzt. Zunehmend betont die EU-Kommission jedoch, dass zwischen den bereichsspezifischen Regelungen, den Dialogverfahren und der „Soft Regulation“ erhebliche Übereinstimmungen bestehen, die durch einen kohärenten bereichsübergreifenden Regulierungsansatz adäquat abbildet werden sollten.⁵⁸ Zugleich erkennt sie an, dass bereichsspezifische Besonderheiten – wie z.B. Art, Merkmal und

53 Unter expliziter Benennung der Schwächen freiwilliger Maßnahmen s. Online-Terror-VO, S. 3.

54 So im Rahmen einer Videokonferenz am 6.7.20, <https://rsw.beck.de/aktuell/daily/meldung/detail/corona-lambrecht-will-aus-einschraenkungen-der-freiheitsrechte-ernen-studie-racial-profiling>; allgemeiner zur Notwendigkeit verbindlicher Regelungen siehe EU-Kommissionspapier, S. 1, 5; EP-Berichtsentwurf, S. 6 (Nr. 22).

55 Siehe EU-Kommissionspapier, S. 3.

56 RL 2019/790/EU v. 17.4.2019.

57 RL 2010/13/EU v. 10.3.2010, geändert durch RL 2018/1808/EU v. 14.11.2018.

58 Mitteilung COM(2017) 555 final, S. 5, 7.

Schadpotential der Inhalte – bestehen, die zu berücksichtigen sind.⁵⁹ Diese Entwicklung verdichtet sich im Rahmen der Vorarbeiten eines Digital Services Acts (DSA), in denen EU-Kommission und EU-Parlament betonen, künftig eine vollharmonisierende horizontale Verantwortungsschärfung durch die Konkretisierung des „notice and action“-Verfahrens vorzunehmen, bei dem durch eine Abstufung nach Art des Inhaltenanbieters und Art der Inhalte auf bereichsspezifische Besonderheiten Rücksicht genommen werden soll.⁶⁰

3. Bereichsspezifische Regelungen und Digital Services Act als iterative Fortentwicklung zur ECRL

Zwar lassen die bisherigen bereichsspezifischen Regelungen sowie die ersten Stellungnahmen zum DSA noch keinen übergreifenden kohärenten Ansatz erkennen. Es bilden sich jedoch zunehmend gemeinsame Elemente und eine Verschärfung der Verantwortungsstruktur für Intermediäre heraus, bei der grundsätzlich die Wertungen der Art. 14, 15 ECRL beibehalten, aber gefahrenspezifische Abweichungen vorgenommen werden.⁶¹

a. Audiovisuelle Mediendienste-RL

Die AVMD-RL,⁶² die Regelungen etwa zu Werbung und Jugendschutz trifft, erfasst seit ihrer letzten Revision 2018 auch Video-Sharing-Plattformdienste und damit vom Anwendungsbereich der ECRL erfasste Diensteanbieter. Das Haftungssystem der Art. 12 ff. ECRL bleibt dabei unberührt, wie Art. 28b I AVMD-RL klarstellt. Ex-ante-Maßnahmen sind nicht gewünscht (Art. 28b III UAbs. 2 AVMD-RL). Mit der Revision der Richtlinie hat der Unionsgesetzgeber am Fokus auf die Haftungsprivilegierung im Bereich der Video-Sharing-Plattformen umfassend festgehalten.

59 Mitteilung COM(2017) 555 final, S. 5, 7 mit Hinweis auf erhebliche Unterschiede zwischen Hate Speech und Urheberrechtsverletzungen.

60 Siehe EU-Kommissionspapier, S. 5; EP-Berichtsentwurf, S. 13.

61 Mit ähnlichem Befund *M. Eifert* u.a., NetzDG (Fn. 29), S. 26 ff.; vgl. auch *G. Wagner*, GRUR 2020, S. 329 ff. u. 447 ff.

62 Näher dazu *J. Marinello*, Steter Modernisierungsbedarf im Bereich der neuen audiovisuellen Mediendienste und -plattformen - kann der Medienstaatsvertrag Abhilfe schaffen?, in diesem Band, S. 41 ff.

b. Online-Terror-VO

Die Online-Terror-VO enthält Regelungen für vom Anwendungsbereich der ECRL erfasste Hostingdiensteanbieter zur Verhinderung der Verbreitung näher definierter terroristischer Online-Inhalte auf ihren Plattformen. Darin wird zwar mehrfach betont, dass die Wertungen der Art. 14, 15 ECRL im Grundsatz unberührt bleiben sollen.⁶³ Die rechtlichen Vorgaben deuten jedoch eine partielle Abkehr an. Die Hosting-Diensteanbieter trifft eine allgemeine Sorgfaltpflicht, unabhängig von konkreten Meldungen „geeignete, angemessene und verhältnismäßige Maßnahmen“ zu treffen und dabei „mit der gebotenen Sorgfalt, verhältnismäßig und unter gebührender Berücksichtigung der Grundrechte“ zu handeln (Art. 2 f.).⁶⁴ Zudem trifft Hosting-Diensteanbieter die Pflicht, „gegebenenfalls wirksame, verhältnismäßige proaktive Maßnahmen“ vorzusehen (Art. 6 I). Zwar lässt sich diese „gegebenenfalls“ bestehende Pflicht mit Blick auf die Begründung so (eng) verstehen, dass sie nur im Falle von bereits rechtskräftig ergangen Entfernungsanordnungen nach Art. 4 ausgelöst wird. Zwingend ist dies jedoch nicht,⁶⁵ da sich insbesondere die Berichtspflicht zu proaktiven Maßnahmen in Art. 6 II nicht nur auf das Wiederhochladen von bereits als rechtswidrig festgestellten Inhalten bezieht, sondern weitergehend auch darauf, neue Inhalte „zu erkennen, zu ermitteln und unverzüglich zu entfernen oder zu sperren“ (vgl. Art. 6 II lit. b).⁶⁶ In einer Gesamtschau stellen diese Regelungen selbst bei einem engen Verständnis jedenfalls eine auf „Ausnahmefälle“ beschränkte Abkehr von Art. 15 ECRL dar.⁶⁷

63 Vgl. Online-Terror-VO, S. 3 der Begründung und Erwägungsgründe 15, 16.

64 M. Cole u.a., Dissemination (Fn. 20), sehen in der durch die Online-Terror-VO begründeten „ex ante-Kontrolle“ schärfere Sorgfaltpflichten, die Art. 14 ECRL aber im Grundsatz unberührt lassen, S. 36, 215 ff.

65 So (eng) lässt sich der Wortlaut des Art. 6 und die Begründung zur Online-Terror-VO (S. 6) verstehen; offener allerdings auf S. 12, wo die Entfernungsanordnung nur als ein Beispiel für die Auslösung der Pflicht benannt wird; das Verhältnis zu Art. 15 ECRL als „ambiguous approach“ charakterisierend J. Barata, New EU Proposal on the Prevention of Terrorist Content Online, white paper, <http://cyberlaw.stanford.edu/publications/new-eu-proposal-prevention-terrorist-content-online-important-mutation-e-commerce>.

66 Siehe Erwägungsgrund 18 der Online-Terror-VO, der proaktive Maßnahmen auf das Erkennen neuer terroristischer Inhalte bezieht; deutlich auch die Begründung auf S. 8, wo die drei ursprünglich diskutierten Regelungsoptionen verglichen und die Erstreckung proaktiver Maßnahmen auf „neues Material“ als ein zentraler Unterschied markiert wird.

67 So die Begründung zur Online-Terror-VO, S. 3.

Bemerkenswert ist auch, dass erstmalig zur Verantwortungsschärfung und zur Einhaltung der vorgeschriebenen Pflichten auf ein dem NetzDG ähnelndes ordnungsrechtlich geprägtes Modell gesetzt wird, bei dem die Nichteinhaltung der Pflichten mit Bußgeldern sanktioniert wird.⁶⁸ So kann die zuständige Behörde eine Anordnung zur Löschung oder Sperrung eines Inhaltes treffen (Art. 4 Nr. 1), der innerhalb von einer Stunde Folge zu leisten ist (Art. 4 Nr. 2). Alternativ kann die Behörde sich auf die bloße Meldung eines Inhaltes beschränken (Art. 5 Nr. 1), die lediglich eine Prüf-, aber keine unmittelbare Löschpflicht auslöst (Art. 5 Nr. 5). Flankierend werden die Rechte der von Löschungen betroffenen Inhaltenanbieter ausgestaltet, indem Informations- und Begründungspflichten (Art. 11) sowie Beschwerdemechanismen vorgeschrieben werden, die im Erfolgsfalle eine Wiederherstellungspflicht auslösen (Art. 12). Weiterhin enthält die Verordnung detaillierte Transparenzpflichten (Art. 8 f.) sowie Vorgaben zur Verbesserung der Zusammenarbeit von Intermediären und Behörden (Art. 12–14), inklusive der Pflicht zur Benennung von Kontaktstellen (Art. 14) und gesetzlichen Vertretern (Art. 16).

c. Urheberrechts-RL

Die 2019 in Kraft getretene Urheberrechts-RL (DSM-RL) gestaltet u.a. die Verantwortlichkeit der Diensteanbieter für die auf ihrer Plattform hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werke und sonstigen Schutzgegenstände aus. Sie nimmt für ihren Geltungsbereich erstmals eine ausdrückliche Abkehr von Art. 14 I ECRL vor, wie sie in Art. 17 III und in Erwägungsgrund 65 ausdrücklich klarstellt.⁶⁹ Stattdessen schreibt sie Intermediären aktiv Verantwortung zu. Gem. Erwägungsgrund 66 ist ein spezielles Haftungsverfahren einzurichten, das im Vergleich zu Art. 14 ECRL erhöhte Sorgfaltsanforderungen stellt: Diensteanbieter sollen „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Vorschriften für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternehmen, um zu verhindern, dass über ihre Dienste nicht genehmigte (...) Schutzgegenstände verfügbar sind.“ Das Maß der notwendigen Anstrengungen wird dabei in der Regel proaktive Maßnah-

68 M. Eifert u.a., NetzDG (Fn. 29), S. 26 ff.; siehe auch M. Cole u.a., Dissemination (Fn. 20), S. 150.

69 Zum Haftungsregime des Art. 17 DSM-RL vgl. nur N. Gielen/M. Tiessen, EuZW 2019, S. 639 (643 f.); F. Hofmann, GRUR 2019, 1219 ff.; G. Wagner, GRUR 2020, S. 447 (450 f.); A.-A. Wandtke NJW 2019, S. 1841 (1845 f.); A.-A. Wandtke/R. Hauck, ZUM 2019, S. 627.

men der Anbieter umfassen (vgl. Art. 17 IV lit. a und b), also über die bloße Reaktion auf Meldungen hinausgehen. Die für die Haftungsfreistellung aufzubringende Sorgfalt darf jedoch nicht in eine allgemeine Überwachungspflicht münden.⁷⁰ Der Haftungsmaßstab bewegt sich also zwischen dem der ECRL und einer vollumfänglichen Haftung für fremde Inhalte, als wären es eigene: Der Dienstanbieter haftet nicht mehr bloß als Störer, sondern als Täter.⁷¹ Das Regel-Ausnahme-Verhältnis der ECRL kehrt sich damit um: Regel ist nicht mehr die Haftungsfreistellung, sondern die Haftung des Intermediärs. Um sich zu exkulpieren, muss er die Vorgaben des Art. 17 DSM-RL erfüllen, also die Erlaubnis des Rechteinhabers einholen (Art. 17 I UAbs. 2) oder den Nachweis erbringen, dass er die in Art. 17 IV ausdifferenzierten Sorgfaltspflichten befolgt hat.⁷² Weil die DSM-RL den Intermediären Verantwortung zuschreibt, ist es konsequent, dass sie Schutzmaßnahmen dagegen vorsieht, dass die Anbieter rechtmäßige Inhalte entfernen: Art. 17 VII UAbs. 1 trifft Vorkehrungen gegen Overblocking; UAbs. 2 stellt klar, dass Ausnahmen für Zitate, Kritik, Rezensionen und Satire vorzusehen sind; gem. Art. 17 IX sind Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung zu stellen. Erleichtert die DSM-RL insoweit die Rechtsdurchsetzung gegenüber Intermediären, sind ihre Anforderungen an die Meldung eines rechtswidrigen Inhalts vergleichsweise hoch: Damit die Haftung nach Art. 17 greift, ist ein begründeter Hinweis durch die Rechteinhaber*innen selbst nötig, vgl. Art. 17 IV lit. c. Ein Hinweis durch Dritte genügt also nicht.

Wie sich die Haftung nach Art. 17 DSM-RL zur allgemeinen Störerhaftung verhält, ist unklar. Theoretisch ist denkbar, dass sie neben der Haftung nach Art. 17 bestehen bleibt.⁷³ Der Anwendungsbereich wäre dann gering, denn die Pflichten aus der Störerhaftung sind in Art. 17 IV lit. c DSM-RL zum Großteil enthalten. Da die DSM-RL jedoch keinen Hinweis durch Betroffene vorsieht, bliebe insoweit die Störerhaftung relevant.

70 S. Erwägungsgrund 66. Das folgt gem. EuGH, Urt. v. 16.02.2012, Rs C-360/10 (SABAM/Netlog), Rn. 48 ff. unmittelbar aus Art. 8 und 11 der EU-GRCh. Laut G. Spindler, GRUR 2020, S. 253 (258 f.) ergibt sich eine primärrechtswidrige allgemeine Überwachungspflicht aber schon aus der Tatsache, dass gem. Art. 17 I, IV lit. a Erlaubnisse einzuholen sind.

71 F. Hofmann, GRUR 2019, S. 1219 (1222); J.B. Nordemann/J. Waiblinger, GRUR 2020, S. 569 (570 f.); G. Spindler, GRUR 2020, S. 253 (254); G. Wagner, GRUR 2020, S. 447 (450); A.-A. Wandtke NJW 2019, S. 1841 (1846).

72 Ausführlich zur Systematik des Art. 17 DSM-RL G. Spindler, GRUR 2020, S. 253 (254 ff.).

73 So auch A.-A. Wandtke/R. Hauck (Fn. 66), S. 635.

Auch könnten sich Unterschiede hinsichtlich der Substantiierungslasten für Meldungen und der Reichweite der Unterlassungspflicht ergeben.

Die Haftungsschärfung durch die DSM-RL lässt sich mit wirtschaftlichen Erwägungen erklären: Entsprechende Diensteanbieter können vorab Lizenzen einholen (Art. 17 I UAbs. 2); daneben stehen Anbietern inzwischen relativ kostengünstige technische Möglichkeiten zur Verfügung, um proaktive Maßnahmen zu treffen.⁷⁴ Hinzu kommt, dass sich die Fragen, ob eine Lizenz nötig ist und ob diese vorliegt, relativ einfach und damit auch rein automatisiert beantworten lassen. Umfassende, komplexe Abwägungen sind nicht erforderlich. Inhalte i.S.d. Art. 17 VII UAbs. 2 sind absolut geschützt, d.h. es bedarf keiner Abwägung, wenn es sich etwa um ein Zitat oder Satire handelt. Die – kontextabhängige – Einordnung eines Inhalts als Zitat oder Satire kann jedoch eine menschliche Beurteilung erfordern.

d. Digital Services Act

Aus den bisherigen Vorarbeiten zum DSA ergibt sich trotz des vorläufigen Charakters ein konzeptionelles Bild: Deutlich wird, dass für sämtliche illegalen Inhalte auf den Plattformen der Intermediäre eine erhebliche Schärfung der Verantwortlichkeit geplant ist, die weder durch ein an die Online-Terror-VO angelehntes ordnungsrechtliches Modell noch durch eine positive Ausgestaltung des Haftungsrechtes erfolgen soll. Stattdessen wird am tradierten Konzept vollharmonisierender Haftungsprivilegierungen (insb. Art. 14, 15 ECRL) festgehalten. Als zentraler Hebel soll das bisher nur rudimentär in Art. 14 ECRL angelegte „notice and action“-Verfahren zu vollharmonisierenden und verbindlichen „content moderation rules“ ausgebaut werden, deren Einhaltung durch den drohenden Verlust der Haftungsprivilegierung sichergestellt wird.⁷⁵ Als Herzstück will man Intermediäre verpflichten, auf ihren Plattformen leicht zugängliche, verlässliche und nutzerfreundliche Verfahren zur Abgabe von Meldungen durch Nutzer*innen bereitzustellen. Zur Gewährleistung einer angemessenen Prüfung werden detaillierte Vorgaben an die eingehenden Meldungen gestellt und Schutzmaßnahmen zur Verhinderung missbräuchlicher Meldungen vorgesehen. Die Begriffe „tatsächliche Kenntnis“ und „unverzögliches Tätigwerden“ in Art. 14 ECRL sollen erstmalig konkretisiert werden. Zusätzlich sind umfassende Betroffenenrechte vorgesehen. So soll den Pos-

⁷⁴ G. Wagner, GRUR 2020, S. 447 (450 f.).

⁷⁵ Vgl. EP-Berichtsentwurf, S. 13 ff. und EU-Kommissionspapier, S. 4 ff.

ter*innen gemeldeter Inhalte Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben und allen Beteiligten eine begründete Entscheidung bekanntgegeben werden. Zusätzlich soll ein Widerspruch möglich sein, bei dessen Stattgabe der Inhalt wiederherzustellen ist. Den Beteiligten ist auch Zugang zu außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren zu gewähren. Den Intermediären werden detaillierte Transparenzpflichten auferlegt, die neben allgemeinen Ausführungen auch konkrete Angaben z.B. über die Anzahl eingegangener Meldungen, die Art der gemeldeten Inhalte und den Löschgrund enthalten müssen.

e. Bilanz

In einer Gesamtschau der unionalen Regelungen werden deutliche Tendenzen und Gemeinsamkeiten erkennbar: An die Stelle eines auf Haftungsfreistellungen und freiwillige Maßnahmen ausgerichteten Ansatzes tritt eine gefahren- und bereichsspezifisch ausdifferenzierte Schärfung der Verantwortungsstruktur durch verbindliche Regelungen mit partieller Abkehr von den Wertungen der Art. 12 ff. ECRL. Die Bereitstellung einfach zugänglicher Meldeverfahren, Informations- und Begründungspflichten für getroffene Entscheidungen sowie Widerspruchsmöglichkeiten zur Gewährleistung eines interessenausgleichenden Prüfverfahrens, erhöhte Transparenzanforderungen und die Stärkung des kooperativen Vorgehens zwischen allen Beteiligten bilden sich als gemeinsame Elemente heraus. Gleichzeitig ergeben sich Unterschiede beim Regelungsansatz. Während in den meisten Fällen die Einhaltung der Sorgfaltspflichten primär durch den Verlust von Haftungsprivilegierungen im Falle eines Verstoßes sichergestellt wird, setzt allein die Online-Terror-VO auf ein ordnungsrechtlich geprägtes Modell, bei dem Verstöße gegen das Pflichtenprogramm mit Bußgeldern sanktioniert werden.

C. Hate Speech-Regulierung auf EU-Ebene de lege ferenda

I. Hate Speech-Regulierung unter dem DSA

Da gegenwärtig eine bereichsspezifische EU-Regelung für Hate Speech nicht in Rede steht, wird voraussichtlich der DSA die zentralen Vorgaben setzen. In seiner bisherigen Form kann er jedoch nur sehr bedingt zur effektiven Bekämpfung von Hate-Speech-Inhalten beitragen. So setzt der Re-