

Universität Passau
Juristische Fakultät

Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades des Doktors der
Rechtswissenschaft (Dr. iur.)

Titel:

**„Intermediäre und öffentliche Meinungsbildung –
Eine kritische Würdigung des deutschen und europäischen
Regulierungskonzepts von NetzDG bis DSA“**

Verfasser:

Andreas Königbauer

Betreuer und Erstgutachter: **Prof. Dr. Moritz Hennemann**

Zweitgutachter: **Prof. Dr. Kai von Lewinski**

Datum der Disputation: **18.04.2023**

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis.....	IX
<u>Teil I: Grundlagen</u>	1
A. Einführung und Begriffsklärung.....	1
I. Problemaufriss.....	1
II. Ziel und Gegenstand der Untersuchung.....	3
III. Methodik und Gang der Untersuchung.....	5
IV. Definition zentraler Begrifflichkeiten.....	6
1. Intermediäre.....	6
2. Regulierung.....	8
a) Imperative Regulierung.....	8
b) Selbstregulierung.....	9
c) Regulierte Selbstregulierung.....	10
3. Friktionen	11
B. Der Prozess der öffentlichen Meinungsbildung unter dem Einfluss der Intermediäre.....	12
I. Verfassungsrechtliche Vorgaben.....	12
II. Die Gefährdung der Meinungsbildung durch die Intermediäre.....	14
1. Gefahren durch Intermediäre.....	14
a) Gefahren durch Selektionslogiken.....	14
b) Gefahren durch gezielte Eingriffe der Intermediäre.....	15
2. Gefahren durch Nutzerverhalten.....	16
<u>Teil II: Die Regulierung der Intermediäre im Interesse der öffentlichen Meinungsbildung</u>	18
A. Die Regulierung der Intermediäre im deutschen Recht.....	18
I. Netzwerkdurchsetzungsgesetz.....	18
1. Initiative.....	18
2. Zielrichtung.....	19
3. Pflichten für Anbieter sozialer Netzwerke.....	20
a) Anwendungsbereich.....	21
b) Umgang mit rechtswidrigen Inhalten.....	21
aa) Beschwerdemanagement, § 3 NetzDG	21
bb) Übermittlungspflicht, § 3a NetzDG	22
c) Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahren, §§ 3b, 3c NetzDG.....	23

4. Transparenzpflicht und Aufsicht.....	24
II. Zivilrechtlicher Schutz der Meinungsfreiheit.....	25
1. Initiative.....	25
2. Zielrichtung.....	26
3. Rechtliche Begründung von Wiederherstellungsansprüchen.....	27
a) Anwendbarkeit des deutschen Rechts.....	27
b) Anspruchsgrundlage.....	28
aa) Allgemeine Herleitung aus Vertragsverhältnis.....	28
bb) Besondere Anspruchsgrundlage bei Verbraucherverträgen, §§ 327 ff. BGB? ..	30
c) Einschränkung durch Nutzungsbedingungen.....	33
aa) Nutzungsbedingungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	33
bb) Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB.....	34
(1) Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 BGB.....	35
(2) Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB.....	35
(a) Regelbeispiele, § 307 Abs. 2 BGB.....	35
(b) Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB.....	36
(c) Generalklausel, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.....	38
(aa) Maß der Grundrechtsbindung des Plattformanbieters.....	38
(bb) Interessenabwägung.....	39
(cc) Zwischenergebnis.....	42
cc) Ausübungskontrolle.....	43
4. Aufsicht.....	44
III. Medienstaatsvertrag.....	44
1. Initiative.....	44
2. Zielrichtung.....	45
3. Die Regulierung der Medienintermediäre im MStV.....	46
a) Anwendungsbereich, § 91 MStV.....	46
b) Transparenzgebot, § 93 MStV.....	46
c) Diskriminierungsverbot, § 94 MStV.....	48
aa) Schutzbereich, § 94 Abs. 1 MStV.....	48
bb) Diskriminierung, § 94 Abs. 2 MStV.....	50
(1) Abweichen von zu veröffentlichenden Kriterien, § 94 Abs. 2 Alt. 1 MStV.....	50
(2) Unbillige Behinderung, § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV.....	51
4. Ausweitung journalistische Sorgfaltspflichten, § 19 Abs. 1 S. 2 MStV.....	52
5. Aufsicht.....	53
B. Die Regulierung der Intermediäre im Recht der Europäischen Union.....	55
I. ECRL.....	55

II. AVMD-RL.....	56
1. Initiative & Zielrichtung.....	56
2. Schutz der Allgemeinheit vor schädlichen Inhalten, Art. 28b AVMD-RL.....	56
a) Schädliche Inhalte, Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL.....	56
b) Angemessene Maßnahmen, Art. 28b Abs. 3 AVMD-RL.....	57
c) Rechtsschutzmöglichkeiten für Nutzer, Art. 28b Abs. 7, 8 AVMD-RL.....	59
3. Herkunftslandprinzip, Art. 28a AVMD-RL.....	60
III. Gesetz über digitale Dienste.....	61
1. Initiative & Zielrichtung.....	61
2. Regulierung der Intermediäre im DSA.....	62
a) Anwendungsbereiche.....	62
b) Umgang mit rechtswidrigen Inhalten.....	63
aa) Haftungsprivilegierung, Art. 4 ff. DSA.....	64
bb) Meldeverfahren, Art. 16 DSA.....	65
cc) Vorgaben für Entscheidungen über gemeldete Inhalte.....	67
dd) Außergerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten, Art. 20, 21 DSA.....	69
c) Besondere Pflichten für sehr große Online-Plattformen.....	71
aa) Bewertung systemischer Risiken, Art. 34 DSA.....	71
bb) Minderung systemischer Risiken, Art. 35 DSA.....	73
cc) Krisenreaktionsmechanismus, Art. 36 DSA.....	75
dd) Audits und Compliance, Art. 37, 41 DSA.....	76
d) Transparenz- und Berichtspflichten.....	77
aa) Allgemeine Pflichten.....	77
bb) Pflichten für Online-Plattformen.....	78
cc) Besondere Pflichten für sehr große Online-Plattformen.....	79
3. Aufsicht.....	79
a) Koordinator für digitale Dienste.....	80
b) Europäisches Gremium für digitale Dienste.....	81
c) Besonderes Aufsichtsregime bei sehr großen Online-Plattformen.....	81
<u>Teil III: Friktionen zwischen verschiedenen Regulierungsmechanismen.....</u>	<u>83</u>
A. Friktionen auf nationaler Ebene.....	83
I. Friktionen bei Zielvorgaben.....	83
1. Unterschiedliche Regulierungsstrategien.....	83
2. Konfliktpotentiale bei inhaltsspezifischer Regulierung i.S.d. NetzDG.....	86
a) Verfassungsrechtliche Einschränkung von inhaltsspezifischen Eingriffen.....	87

b) Bekämpfung von „Hassrede“	88
c) Bekämpfung von „Fake News“	90
3. Fazit	93
II. Friktionen bei Anwendungsbereichen	93
1. Quantitative Schwellenwerte	93
a) Nutzerzahlen im MStV und NetzDG	93
b) Keine starren Grenzen bei Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB	96
c) Schlussfolgerungen	97
aa) Potentielle Schutzlücken bei kleineren Plattformen	97
bb) Allgemeine Kritik quantitativer Grenzen	98
d) Zwischenergebnis	100
2. Qualitative Bestimmung der Schutzbereiche	100
a) Persönliche Schutzbereiche	100
b) Keine Anknüpfung an Meinungsbildungsrelevanz	101
c) Zwischenergebnis	103
3. Fazit	104
III. Friktionen bei Regulierungswirkung	104
1. Verletzung der Meinungsfreiheit und -vielfalt durch das NetzDG	104
a) Argumente für materielle Verfassungswidrigkeit	105
b) Argumente gegen materielle Verfassungswidrigkeit	106
c) Ergebnis	108
2. Kommunikative Fragmentierung durch inhaltliche Beschränkungen	109
3. Verhältnis von Diskriminierungsverbot, § 94 MStV, und mittelbarer Drittwirkung	111
a) Gegenstand der Regulierung	111
b) Einzelfallprüfung oder systematische Diskriminierung?	113
c) Diskriminierung gem. § 94 Abs. 2 MStV als Verletzung vertraglicher Pflichten	114
aa) Abweichen ohne sachlich gerechtfertigten Grund, § 94 Abs. 2 Alt. 1 MStV	114
bb) „unbillige Behinderung“ gem. § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV und „unangemessene Benachteiligung“ gem. § 307 Abs. 1 BGB	115
d) Ergebnis	116
IV. Friktionen bei Umsetzung und Kontrolle	117
1. Verhältnis von Nutzungsbedingungen und NetzDG in der Löschpraxis der Intermediäre	117
a) Unterschiedliches Regulierungsregime	117
b) Praktische Handhabung durch die Intermediäre	119
c) Ergebnis	121
2. Unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten für Nutzer	121

a) Zivilrechtsweg.....	121
b) Verwaltungsrechtsweg.....	123
aa) Antrag bei Aufsichtsbehörde.....	123
bb) Gerichtliche Geltendmachung.....	124
cc) Ergebnis.....	125
c) Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahren, §§ 3b, 3c NetzDG.....	126
d) Ergebnis.....	127
3. Verhältnis von Aufsichtsbehörden und Gerichten.....	127
a) Überschneidung des Prüfungsprogramms.....	128
b) Folgen bei unterschiedlicher Beurteilung?.....	128
aa) Beispielfall.....	128
bb) Gegenseitige Bindungswirkung gerichtlicher/behördlicher Entscheidungen? ..	129
cc) Praktische Folgen.....	131
c) Ergebnis.....	132
B. Friktionen zwischen Europarecht und nationalem Recht.....	133
I. Gesetzgebungskompetenz der Union.....	133
1. Zuständigkeit der Union.....	133
a) Binnenmarktharmonisierung, Art. 114 AEUV.....	133
aa) Binnenmarktbezug.....	134
(1) Grundfreiheitshindernis.....	135
(2) Wettbewerbsverfälschung.....	138
(3) Positiver Binnenmarkteffekt.....	138
(4) Zwischenergebnis.....	141
bb) Angleichung.....	141
(1) Veränderung nationaler Rechtsvorschriften.....	141
(2) Mehrwert für Binnenmarkt durch neue Strukturen?.....	144
(3) Zwischenergebnis.....	146
cc) Ergebnis.....	146
b) Sonstige geteilte Zuständigkeiten.....	147
2. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, Art. 5 Abs. 3, Abs. 4 EUV.....	147
a) Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten.....	148
b) Wahl der Rechtsform	149
c) Ergebnis.....	151
3. Fazit.....	151
II. Vergleich mit NetzDG.....	151
1. Vergleich der Pflichten für Intermediäre.....	152
2. Anwendungsvorrang des DSA?.....	154

a) Allgemeines.....	154
b) Unanwendbarkeit von Löschpflichten des NetzDG?.....	155
aa) Konflikt mit Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSA.....	156
bb) Konflikt mit Art. 14 Abs. 4 DSA.....	157
cc) Konflikt mit intendierter Vollharmonisierung.....	158
c) Ergebnis.....	159
3. Fazit.....	160
III. Vergleich mit deutschem Zivilrecht.....	160
1. Begründung vertraglicher Pflichten durch Vorschriften des DSA?.....	160
2. Vergleich mit nationalem Recht.....	162
a) Art. 14 Abs. 4 DSA.....	162
b) Art. 16, 17, 20, 21 DSA.....	164
c) Art. 23 DSA.....	165
3. Fazit.....	166
IV. Vergleich mit MStV.....	166
1. Vergleich der Pflichten für Medienintermediäre.....	166
a) Transparenzgebot.....	166
b) Diskriminierungsverbot.....	168
2. Anwendungsvorrang des DSA?.....	169
3. Sperrwirkung für nationale Vielfaltssicherung?.....	171
4. Fazit.....	173
<u>Teil IV: Vorschläge zur Überwindung der identifizierten Friktionen.....</u>	<u>174</u>
A. Klare und verfassungskonforme Bestimmung von Zielvorgaben.....	174
B. Harmonisierung von Anwendungsbereichen.....	175
I. Deutsches Recht.....	175
II. Einfluss des Europarechts.....	178
C. Effektiver Schutz vor „Overblocking“ durch Intermediäre.....	178
I. Aufhebung öffentlich-rechtlicher Löschpflichten.....	178
II. Aufwertung von Nutzerinteressen zur Vermeidung von „Echokammern“.....	180
III. Einführung von „Muster-AGB“?.....	182
1. Regelungstechnik.....	183
2. Konkrete Ausgestaltung.....	185
3. Ergebnis und eigener Formulierungsvorschlag	186
IV. Schutz durch Verfahrensrechte.....	188
D. Schonende Ausübung unionsrechtlicher Kompetenzen.....	191

I. Keine erweiterte Regulierung großer Intermediäre durch Art. 34 – 37 DSA.....	191
II. Richtlinie statt Verordnung.....	192
III. Öffnungsklausel für nationale Vielfaltssicherung.....	193
<u>Teil V: Zusammenfassung der Ergebnisse.....</u>	<u>194</u>
Literaturverzeichnis	199

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AfP	Archiv für Presserecht
BfJ	Bundesamt für Justiz
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drs.	Bundesratsdrucksachen
BT-Drs.	Bundestagsdrucksachen
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bspw.	beispielsweise
CR	Computer und Recht
Ders./Dies.	Derselbe/Dieselbe
EU	Europäische Union
EUGH	Europäischer Gerichtshof
EuR	Zeitschrift Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
ESMA	Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde
et al.	et alii
etc.	et cetera
f./ff.	folgende Seite(n)
Fn.	Fußnote
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HBI	Hans-Bredow-Institut
H.d.V.	Hervorhebung durch den Verfasser
h.M.	herrschende Meinung
insb.	insbesondere
i.S.v.	im Sinne von
i.Ü.	im Übrigen

i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Ausbildung
JR	Juristische Rundschau
JZ	Juristenzeitung
KDD	Koordinator für digitale Dienste
KG	Kammergericht (Berlin)
K&R	Kommunikation und Recht
LG	Landgericht
m.Anm.	mit Anmerkung
m.Bspr.	mit Besprechung
Mio.	Millionen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MMR	Multimedia und Recht
MMR-Beil.	Multimedia und Recht-Beilage
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport Zivilrecht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
Rspr.	Rechtsprechung
s.	siehe
s.o.	siehe oben
sog.	sogenannte
str.	strittig
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
u.ä.	und ähnliche(s)
usw.	und so weiter
v.	vom
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VuR	Verbraucher und Recht
WD	Wissenschaftliche Dienste
z.B.	zum Beispiel
zit.	zitiert
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Teil I: Grundlagen

A. Einführung und Begriffsklärung

I. Problemaufriss

Das Auffinden und Kommunizieren von Informationen mithilfe des Internets ist aus unserem Alltag kaum mehr wegzudenken. Nie waren der Zugriff auf Informationen leichter, die Kommunikation über weite räumliche Distanzen schneller oder die Vielfalt an verfügbaren Inhalten größer als in der gegenwärtigen Epoche der weltumspannenden digitalen Netzwerke. Die Kommunikation von Informationen geschieht dabei jedoch selten wertneutral. Bereits in der Auswahl der Informationen, die wir mitteilen und denen wir unsere Aufmerksamkeit schenken, liegt ein (oft unbewusstes) Werturteil. Die theoretisch unbegrenzte Vielfalt an Infos, mit denen wir uns inzwischen täglich konfrontiert sehen, macht eine solche Auswahl und hierarchische Strukturierung praktisch unumgänglich.¹ Die Vervielfältigung und Beschleunigung von Kommunikationsmöglichkeiten durch das Internet hat deshalb auch unweigerlich Implikationen für den Prozess unserer individuellen und kollektiven Meinungsbildung.

Der Rolle unseres Bewusstseins, das in der Konfrontation mit der unbegrenzten Informationsvielfalt der Umwelt die für uns relevanten Infos filtert und sinnvoll strukturiert, entsprechen in der digitalen Umwelt des Internets die Plattformen, welche die Flut an verfügbaren Medien und Informationen selektieren, ordnen und einfach zugänglich machen. Suchmaschinen wie Google, soziale Netzwerke wie Facebook oder Video-Sharing-Plattformen wie YouTube sind in den vergangenen Jahrzehnten zu essentiellen Knotenpunkten der digitalen Infrastruktur geworden.² Solche digitalen Vermittler und Organisatoren von meinungsbildungsrelevanten Inhalten werden heute meist in der Kategorie der Medien- oder Informationsintermediäre zusammengefasst. Da diese Intermediäre die Bedingungen beherrschen, unter denen der Austausch von Informationen und Meinungen auf ihren Plattformen stattfindet, kommt ihnen inzwischen eine wesentliche Machtposition im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung zu.³

Die öffentliche Meinungsbildung ist zugleich untrennbar mit dem demokratischen Willensbildungsprozess verknüpft. Jede hoheitliche Einwirkung auf die neuartigen, plattformbasierten Kommunikationsstrukturen hat damit auch Implikationen für die Verwirklichung der verfassungsrechtlich garantierten Kommunikations- und Mediengrundrechte. Seit einigen Jahren findet deshalb eine intensive Diskussion innerhalb der Rechts- und Kommunikationswissenschaften statt, deren Ziel es ist, die Auswirkungen der Intermediäre auf die öffentliche Kommunikation und Meinungsbildung nachzuvollziehen und die Voraussetzungen und

¹ *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641, 643.

² Grundlegend hierzu *Schulz/Dankert*, Informationsintermediäre, 2016; *Paal*, Intermediäre, 2018.

³ Hierzu insb. *Neuberger/Lobigs*, Meinungsmacht, 2018; *Pille*, Meinungsmacht, 2016.

Ziele ihrer hoheitlichen Regulierung herauszuarbeiten.⁴ Gleichzeitig haben Gesetzgeber und Rspr. auf nationaler und internationaler Ebene bereits verschiedene Vorstöße in der Regulierung der Intermediäre gewagt, wobei sich Deutschland im internationalen Vergleich mit ambitionierten Gesetzesprojekten wie dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG, 2017) und dem Medienstaatsvertrag (MStV, 2020) hervorgetan hat. Da das Internet seiner Natur nach grenzüberschreitend ist, hat sich auch die Europäische Union mit der Intermediärsregulierung auseinandergesetzt und inzwischen mit dem „Gesetz über digitale Dienste“ (DSA) und dem „Gesetz über digitale Märkte“ (DMA) Verordnungen für eine unionsweite Vereinheitlichung der grundlegenden Regeln erlassen.

Problematisch ist an der gegenwärtigen Situation vor allem, dass die Regulierung der Intermediäre noch keinem geschlossenen System folgt, sondern von einer Vielzahl von Interessen, Zielvorstellungen und Regulierungsstrategien geprägt ist⁵, die simultan von unterschiedlichen staatlichen Ebenen und Akteuren verfolgt werden. So reagierte etwa der deutsche Bundesgesetzgeber mit dem NetzDG auf eine wahrgenommene „Verrohung der Debattenkultur“, in der er eine Gefahr für das friedliche Zusammenleben in einer Demokratie erkannte.⁶ Um die Verbreitung schädlicher Inhalte mithilfe sozialer Netzwerke einzudämmen, sollten diese zur effektiven Löschung solcher Inhalte und zur Transparenz verpflichtet werden. An dem dadurch entstehenden Handlungsdruck auf die Plattformanbieter entfachte sich jedoch alsbald eine intensive Diskussion in der juristischen Rspr.⁷ und Literatur⁸ über die Gefahren von „Overblocking“ und die Abwehrmöglichkeiten von Nutzern gegen unberechtigte Löschungen. Gleichzeitig wurde von den Landesgesetzgebern eine Anpassung des öffentlichen Medienrechts durch den neuen MStV vorangetrieben, der im Interesse der Meinungsvielfalt das Manipulationspotential der Intermediäre bei der Gestaltung ihrer Selektionssysteme begrenzen sollte. Ähnliche Diskussionen und Gesetzesentwürfe wurden kurze Zeit später auch im europäischen Ausland, zum Beispiel in Frankreich und Österreich, auf den Weg gebracht, was der EU den Anlass gab, ein Konzept zur Vereinheitlichung der Intermediärsregulierung auf europäischer Basis zu entwickeln, dessen Ergebnis nun in den Regelwerken des DSA und DMA vorliegt.

Dieser vielschichtige und dynamische Regulierungsprozess birgt die Gefahr, dass zwischen den verschiedenen Regelwerken Widersprüche und Friktionen entstehen, die insgesamt dazu führen, dass die intendierte Wirkung der einzelnen Regulierungsmaßnahmen unzureichend verwirklicht

⁴ Zum Überblick *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 111 ff., m.w.N.

⁵ Zu den aktuellen Herausforderungen *Ingold*, MMR 2020, 82, 84 ff.

⁶ BR-Drs. 315/17, S. 6.

⁷ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20; OLG München v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18; OLG Karlsruhe v. 28.02.2019 – 6 W 81/18; KG Berlin v. 22.03.2019 – 10 W 172/18; LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18; LG Mosbach v. 01.06.2018 - 1 O 108/18; LG Frankfurt v. 10.09.2018 – 2-03 O 310/18; LG Offenburg v. 26.09.2018 – 2 O 310/18; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18.

⁸ *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234; *Beurskens*, NJW 2018, 3418; *Holznel*, CR 2018, 369; CR 2019, 518; *König*, AcP 219, 611; *Spindler*, CR 2019, 238; *Lüdemann*, MMR 2019, 279; *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981; *Raue*, NJW 2022, 209.

wird oder die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung insgesamt verletzt werden. Da aktuell viele unterschiedliche Akteure an der Regulierung beteiligt sind, besteht bereits auf der Ebene der Zielvorstellungen ein erhebliches Konfliktpotential. So lassen sich beispielsweise zwei gegenläufige Tendenzen in der deutschen Regulierung ausmachen, nämlich die Unterdrückung schädlicher Inhalte (zum Beispiel „Hassrede“ oder „Fake News“) durch das NetzDG auf der einen und der Schutz der Meinungsvielfalt und -freiheit durch den MStV auf der anderen Seite. Umso mehr Regelwerke gleichzeitig gelten, desto höher auch die Gefahr, dass die Anwendungsbereiche der einzelnen Regeln voneinander abweichen und so Schutzlücken entstehen oder erwünschte Synergieeffekte ausbleiben. Auch bei gleichzeitiger Anwendbarkeit mehrerer Vorschriften besteht die Möglichkeit, dass für den selben Sachverhalt verschiedene Rechtsfolgen vorgesehen sind, deren Auswirkungen den sich gegenüberstehenden Zielvorstellungen entgegenwirken. So kann es beispielsweise dazu kommen, dass durch die Einschränkung bestimmter Meinungsäußerungen die wahrnehmbare Meinungsvielfalt leidet, die durch andere Vorschriften gerade sichergestellt werden soll. Schließlich wirkt sich auch die Ausgestaltung der jeweiligen Kontrollmechanismen und das Verhältnis von Aufsichtsbehörden untereinander darauf aus, inwieweit die intendierte Regulierungswirkung einzelner Vorschriften überhaupt in die Tat umgesetzt werden kann.

Im Verhältnis von nationalem Recht und Unionsrecht stellt sich zunächst die Frage, inwieweit der Union überhaupt die Gesetzgebungskompetenz zur Vereinheitlichung der Intermediärsregulierung zukommt. Dort, wo sich der Gegenstand der europäischen und nationalen Regeln überschneidet, können sich Konkurrenzen ergeben, die einen Anwendungsvorrang des Europarechts begründen würden. Kompetenzüberschreitungen der Union können die Souveränität der Mitgliedstaaten beschneiden und ihre Möglichkeiten zum Erlass abweichender Regeln reduzieren. Das wäre insbesondere dann problematisch, wenn auf diese Weise ausgewogene nationale Regulierungsbemühungen durch weniger taugliche Bestimmungen auf europäischer Ebene verdrängt würden.

II. Ziel und Gegenstand der Untersuchung

In den vergangenen Jahren sind bereits eine Vielzahl von wissenschaftlichen Arbeiten erschienen, die sich ausführlich mit dem Einfluss der Intermediäre auf die Meinungsbildung und mit der Regulierung dieser Intermediäre befassen.⁹ Regelmäßig wurden dabei aber neben den rechtstheoretischen Grundlagen der Regulierung nur einzelne konkrete Regulierungsmaßnahmen,

⁹ Hervorzuheben sind hier insb. *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020; *Hoffmann-Riem*, Digitale Transformation, 2022; *Neuberger/Lobigs*, Meinungsmacht, 2018; *Paal*, Intermediäre, 2018; *Pille*, Meinungsmacht, 2016; *Schulz/Dankert*, Informationsintermediäre, 2016; *Stark/Magin/Jürgens*, Ganz meine Meinung?, 2017; jeweils m.w.N.

wie zum Beispiel das NetzDG¹⁰ oder der MStV¹¹, in den Blick genommen. Zum europäischen DSA, der in Kürze erst in Kraft treten wird, wurden bislang vor allem Zeitschriftenbeiträge veröffentlicht, wobei der Vergleich der europäischen Vorschriften mit dem deutschen Recht noch wenig im Fokus stand.¹² Was bislang fehlt, ist also eine Gesamtschau der verschiedenen Regulierungsmaßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene und ihrer Wechselwirkungen untereinander. Die vorliegende Untersuchung soll daher nicht noch einmal in aller Breite die rechtstheoretischen Grundlagen der Intermediärsregulierung beleuchten. Ihr Ansatz liegt vielmehr darin, auf die wissenschaftliche Diskussion der vergangenen Jahre aufzubauen und in einer synoptischen Darstellung das Zusammenspiel der wichtigsten aktuellen Regulierungsmaßnahmen zu analysieren. Durch eine solche Synopse können die einzelnen Regelwerke nicht nur für sich alleine sondern im Gesamtkontext der (supra-)nationalen Regulierungsbestrebungen beurteilt werden. Im Angesicht eines vielschichtigen und dynamischen Regulierungsprozesses kann eine derartige Gesamtschau einen wichtigen Beitrag liefern, um Friktionen zwischen verschiedenen Regelungskomplexen zu identifizieren und die unterschiedlichen Ebenen der Regulierung künftig besser aufeinander abzustimmen. Sie dient auch dazu, die Gesamtheit der aktuellen Regulierungsmaßnahmen an einem einheitlichen, übergeordneten Maßstab zu messen und trägt damit insgesamt zu einer Integration des Regulierungsprozesses bei.

Das Ziel der vorliegenden Arbeit ist somit die Überprüfung des Gesamtsystems der aktuellen Intermediärsregulierung nach seiner Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Maßstäben eines demokratischen Meinungsbildungsprozesses. Dafür sollen schwerpunktmäßig die Friktionen zwischen den einzelnen Regulierungsmechanismen untersucht werden. Thematisiert werden sowohl die Wechselwirkungen innerhalb der deutschen Rechtsordnung als auch das Zusammenspiel von nationalem und europäischem Recht. Am Ende der Untersuchung soll die Erkenntnis stehen, inwieweit das Gesamtkonzept der aktuellen Regulierung in Deutschland und der EU bereits hinreicht, um den Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung, die durch die Intermediäre begründet werden, zu begegnen, bzw. an welchen Stellen eine Nachbesserung oder Neuausrichtung erforderlich ist, um bestehende Friktionen zu beseitigen.

Der Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit beschränkt sich auf solche Regelwerke, die ausdrücklich die Regulierung der Meinungsbildung im Bereich der Intermediäre bezwecken oder sich jedenfalls unmittelbar hierauf auswirken; wirtschaftsrechtliche Aspekte wie das Wettbewerbs- oder Kartellrecht, Datenschutzrecht und Urheberrecht bleiben dabei weitgehend außer Betracht.

¹⁰ *Eifert/Gostomzyk*, Netzwerkrecht, 2018; *Eifert*, NetzDG Evaluation, 2020; *Ladeur/Gostomzyk*, Gutachten zum NetzDG, 2017; *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021.

¹¹ *Dörr*, Massenkommunikation, 2019; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020; *Kellner*, Regulierung von Intermediären, 2019.

¹² Allgemeine Darstellungen bei *Buiten*, Digital Services Act, 2021; *Spindler*, GRUR 2021, 545, 653; *Kaesling*, ZUM 2021, 177; *Kühling*, ZUM 2021, 461; *Härting/Adamek*, CR 2021, 165; eingehend zu Haftungsprivilegien *Holzner* CR 2021, 123; zum Verhältnis von DSA und NetzDG *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283; zu verschiedenen Spezialproblemen auch *Richter/Straub/Tuchtfeld*, To Break Up or Regulate Big Tech?, 2021.

Im deutschen Recht werden zum einen die Vorschriften des NetzDG als Mittel zur effektiven Durchsetzung des Strafrechts in den sozialen Medien in den Blick genommen. Anschließend werden die zivilrechtlichen Möglichkeiten von Plattformnutzern aufgezeigt, gegen Einschränkungen ihrer Meinungsfreiheit von Seiten der Plattformanbieter vorzugehen. Gegenstand der Untersuchung ist dabei vor allem die umfangreiche jüngere Rspr. zu dieser Problematik. Schließlich werden die für die Intermediäre relevanten Normen des MStV dargestellt, die dem öffentlichen Medienrecht zuzuordnen sind.

Im Europarecht wird zunächst ein Überblick über die für die Untersuchung relevanten Vorschriften der „Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“ (ECRL, 2000/31/EG) und der „Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“ (AVMD-RL, 2010/13/EU) gegeben. Schwerpunktmäßig wird sodann die aktuell vorliegende Fassung des „Gesetzes über digitale Dienste“ (DSA, VO (EU) 2022/2065)¹³ untersucht, durch den die Grundlagen der Intermediärsregulierung in der Union vereinheitlicht werden. Der DSA begründet sowohl öffentlich-rechtliche als auch zivilrechtliche Pflichten für Intermediäre und wirkt sich auch auf den Umgang mit strafrechtlich relevanten nutzergenerierten Inhalten aus. Da durch den DSA auch die Vorschriften zur Haftungsbegrenzung von Intermediären nach Art. 12 ff. ECRL übernommen werden sollen, werden diese Vorschriften erst im Zusammenhang mit dem DSA näher erläutert. Das „Gesetz über digitale Märkte“, welches schwerpunktmäßig dem Wettbewerbsrecht zuzuordnen ist, bleibt außer Betracht.

III. Methodik und Gang der Untersuchung

Zu Beginn der Untersuchung sollen zunächst in gebotener Kürze die verfassungsrechtlichen Grundlagen für die Beurteilung der verschiedenen Regulierungsmaßnahmen dargestellt werden (Teil I. B. 1.). Die verfassungsgerichtliche Rspr. zur Bedeutung der Kommunikationsgrundrechte für die demokratische Willensbildung und der verfassungsrechtliche Rahmen der öffentlichen Medienordnung werden in ihren wesentlichen Zügen dargestellt, um den Maßstab für die spätere Evaluation von Friktionen festzulegen.

Anschließend wird aufgezeigt, inwiefern die neuartigen Geschäftsmodelle der Intermediäre Gefahren für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung begründen (Teil I. B. 2.). Auch hier sollen nur die wesentlichen Erkenntnisse der wissenschaftlichen Diskussion zusammengefasst werden, ohne noch einmal ausführlich auf alle Details einzugehen.¹⁴ Die dargestellten Gefahrenpotentiale werden dabei in drei Komplexe unterteilt (Algorithmische Selektionslogiken,

¹³ In Kraft getreten am 16.11.2022, Geltung der wesentlichen Vorschriften ab 17.02.2024.

¹⁴ Eine beispielhafte, ausführliche Darstellung der Rolle von Intermediären in der öffentlichen Meinungsbildung findet sich bspw. bei *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 88 ff.; *Neuberger/Lobigs*, Meinungsmacht, 2018.

Eingriffe von Intermediären, Nutzerverhalten), denen sich alle im Folgenden untersuchten Regulierungsmaßnahmen zuordnen lassen.

In Teil II. der Untersuchung werden die Regelwerke, die den Untersuchungsgegenstand bilden, zunächst in ihren wesentlichen Zügen dargestellt, wobei keine erschöpfende Kommentierung angestrebt wird. Teil II. A. widmet sich dem deutschen Recht, Teil II. B. behandelt das Europarecht. Die Darstellung konzentriert sich auf diejenigen Normen und Regeln, durch die Rechte und Pflichten für Intermediäre oder ihre Nutzer begründet werden, welche sich auf die Möglichkeiten der Kommunikation von meinungsbildungsrelevanten Inhalten auswirken. Hierzu gehören auch die Mechanismen der staatlichen Aufsicht und praktischen Durchsetzung der jeweiligen Regeln. Die Ausführungen werden eingeleitet durch Erläuterungen zur Initiative und Zielrichtung hinter dem jeweiligen Regelwerk, um ein Verständnis für die zugrundeliegende Motivation der verantwortlichen staatlichen Akteure, die adressierten Gefahrenpotentiale und die historische Entwicklung der Regulierung in der jüngeren Vergangenheit zu entwickeln.

Der Schwerpunkt der Arbeit liegt sodann in der Untersuchung der Friktionen im Gesamtsystem der nationalen bzw. supranationalen Regulierung (Teil III.) und ihrer möglichen Überwindung. Im ersten Schritt werden die Friktionen zwischen den dargestellten Regelwerken des deutschen Rechts untersucht (Teil III. A.). Die Untersuchung erfolgt dabei analog zur Darstellung der einzelnen Regelwerke auf den Ebenen der Initiative und Zielrichtung, des Anwendungsbereichs, der Regulierungswirkung und der praktischen Durchsetzung. Im zweiten Schritt werden sodann die Friktionen zwischen deutschem Recht und Europarecht dargestellt (Teil III. B.). Hier wird zunächst die Gesetzgebungskompetenz der Union für den DSA überprüft. Anschließend werden die Vorschriften des DSA in Beziehung zu den untersuchten deutschen Regelwerken gesetzt, um festzustellen, inwieweit das deutsche Recht durch das Unionsrecht verändert oder sogar abgelöst wird. Abschließend werden Möglichkeiten zur Vermeidung oder Überwindung der festgestellten Friktionen und Konfliktpotentiale erörtert (Teil IV.) und die Ergebnisse der gesamten Untersuchung zusammengefasst (Teil V.).

IV. Definition zentraler Begrifflichkeiten

1. Intermediäre

Die Bezeichnung für die hier untersuchten digitalen, vermittelnden Telemedien wird in den gegenständlichen Regelwerken nicht einheitlich gehandhabt. Der MStV verwendet den Begriff „Medienintermediär“, der in § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV definiert wird. Das NetzDG richtet sich an „soziale Netzwerke“, § 1 Abs. 1 NetzDG. Der DSA unterscheidet verschiedene Abstufung von digitalen „Vermittlungsdiensten“, zu denen auch „Online-Plattformen“ als Unterkategorie der „Hosting-Dienste“ gehören, Art. 3 lit. g), lit. i) DSA. Alle diese Begriffe haben große Schnittmengen,

in die vor allem die sozialen Medien, wie Facebook, Twitter, usw. und Video-Sharing-Plattformen wie YouTube fallen. Teilweise reichen die verwendeten Definitionen auch weiter; so gehören zu den Medienintermediären i.S.d. MStV auch Suchmaschinen wie Google. Soweit in dieser Untersuchung die genannten Begriffe im Zusammenhang der jeweiligen Gesetze verwendet werden, sind sie im Sinne der jeweiligen Legaldefinition zu verstehen.

In der wissenschaftlichen Diskussion wird meist der Oberbegriff „Medien-“ oder „Informationsintermediäre“ verwendet, unter den in der Regel sowohl soziale Medien, Video-Sharing-Plattformen als auch Suchmaschinen gefasst werden, die allesamt meinungsbildungsrelevante Informationen sammeln und vermitteln.¹⁵ Um die Terminologie zu vereinfachen, wird im Rahmen dieser Untersuchung lediglich der Begriff „Intermediär“ verwendet. In Anlehnung an *Paal* wird dabei folgende Definition zugrunde gelegt: „Intermediär ist jeder telemediale Dienst, der Nutzern meinungsbildungsrelevante Inhalte aufgrund von Auswahlentscheidungen präsentiert“¹⁶. Diese Definition ist relativ weit gefasst und legt das Augenmerk auf die Momente der Meinungsbildungsrelevanz und der Einflussmöglichkeit des Diensteanbieters, welche für die gegenständliche Untersuchung entscheidend sind. Der Begriff des „Intermediärs“ umfasst in dieser Arbeit nicht nur den Dienst als solchen, sondern auch das Unternehmen, welches die jeweiligen Dienste bzw. Plattformen anbietet. Soweit es um diese Unternehmen geht, werden sie alternativ auch als „Plattformanbieter“ bezeichnet.

Da sich die gegenständliche Untersuchung auf die Regulierung der Meinungsbildung konzentriert, werden schwerpunktmäßig nur diejenigen Intermediäre in den Blick genommen, welche die größte Meinungsbildungsrelevanz entfalten. Das sind insbesondere die sozialen Medien und Video-Sharing-Plattformen. Suchmaschinen werden zwar ebenfalls häufig zum Auffinden meinungsbildungsrelevanter Inhalte genutzt¹⁷; sie dienen jedoch nicht unmittelbar zur Kommunikation dieser Inhalte und werden deshalb von manchen Regulierungsmaßnahmen, wie zum Beispiel dem NetzDG, nicht erfasst. Soweit in der Arbeit auf spezifische Intermediäre eingegangen wird, werden vorrangig die drei großen Plattformen Facebook, Twitter und YouTube in den Blick genommen. Diese haben in ihren jeweiligen Marktsegmenten die höchsten Nutzerzahlen und stehen deshalb sowohl in der öffentlichen als auch in der juristischen Debatte regelmäßig im Fokus.

15 Vgl. etwa die Definitionen bei *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 110; *Neuberger/Lobigs*, Meinungsmacht, 2018, S. 68 f.; *Paal*, Intermediäre, 2018, S. 18 ff.; *Schulz/Dankert*, Informationsintermediäre, 2016, S. 15 ff.

16 *Paal*, Intermediäre, 2018, S. 20.

17 Vgl. *Stark/Magin/Jürgens*, Ganz meine Meinung?, 2017, S. 22 ff., m.w.N.

2. Regulierung

Der Begriff der „Regulierung“ wird in verschiedenen wissenschaftlichen Disziplinen mit unterschiedlicher Schwerpunktsetzung gebraucht und ist auch international nicht einheitlich definiert.¹⁸ Im rechtswissenschaftlichen Kontext bezeichnet „Regulierung“ in der Regel jede gezielte staatliche Einflussnahme auf gesellschaftliche Prozesse, die durch generelle Vorgaben einen spezifischen, aber über den Einzelfall hinausgehenden Ordnungszweck verfolgt.¹⁹ Daneben erscheint der Begriff der „Steuerung“ als allgemeiner Oberbegriff für alle Arten der gezielten Lenkung individuellen Verhaltens oder gesamtgesellschaftlicher Abläufe.²⁰

Meist werden die Instrumente staatlicher Einflussnahme auch zusammen mit innergesellschaftlichen Regulierungsprozessen diskutiert, bei denen sich der Staat einer Einwirkung enthält. Zwischen diesen beiden Polen der direkten staatlichen Einflussnahme und gesellschaftlicher Selbstorganisation stehen zudem Methoden der Regulierung, bei denen der Staat einen rechtlichen Rahmen bzw. Grenzen vorgibt, innerhalb derer sich gesellschaftliche Selbstregulierungsprozesse entfalten können. Die Grenzen zwischen diesen Kategorien sind dabei fließend und lassen theoretisch auch feinere Untergliederungen zu.²¹ Für den Zweck dieser Untersuchung wird der Begriff der Regulierung daher als Oberbegriff für die drei Arten gesamtgesellschaftlicher Steuerung durch direkte staatliche Einflussnahme („imperative Regulierung“), gesellschaftliche Selbstorganisation („Selbstregulierung“) und Mischformen dieser beiden („Regulierte Selbstregulierung“) genutzt.²²

a) Imperative Regulierung

Bei der imperativen Regulierung erlässt der Staat selbst Verhaltensgebote in Gestalt verbindlicher hoheitlicher Regeln (Gesetze, Verordnungen, etc.) und kümmert sich um ihre Durchsetzung, indem er die Einhaltung der Gebote durch seine Behörden beaufsichtigt und Verstöße sanktioniert.²³ Damit übernimmt der Staat auch die Verantwortung dafür, die Ziele der Regulierungsmaßnahmen und die angemessenen Mittel zu ihrer Realisierung zu definieren.²⁴ Dem Staat kommt deshalb insoweit die Aufgabe zu, gesellschaftliche Prozesse zu analysieren, Gefahrenpotentiale zu

18 Ausführlich zu verschiedenen Definitionen *Eifert*, Regulierungsstrategien, 2012, Rn. 1 ff.

19 *Eifert*, Regulierungsstrategien, 2012, Rn. 5; *Hoffmann-Riem*, Digitale Transformation, 2022, S. 114; *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung, 2002, Modul A, S. 2.

20 *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung, 2002, Modul A, S. 2.

21 *Eifert*, Regulierungsstrategien, 2012, Rn. 14.

22 Ebenso bei *Eifert*, Regulierungsstrategien, 2012, Rn. 14; *Hoffmann-Riem*, Digitale Transformation, 2022, S. 114 f.; *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung, 2002, Modul A, S. 2 ff..

23 *Eifert*, Regulierungsstrategien, 2012, Rn. 24; *Schulz/Held*, Regulierte Selbstregulierung, 2002, Modul A, S. 3.

24 *Eifert*, Regulierungsstrategien, 2012, Rn. 25.

identifizieren und angemessene Mittel festzulegen, um diese Gefahren abzuwenden und die betroffenen Interessen in Ausgleich zu bringen.

Der imperativen Regulierung in diesem Sinn sind die meisten Normen der hier untersuchten Gesetze (zum Beispiel NetzDG, MStV, DSA) zuzuordnen, soweit ihre Einhaltung unmittelbar durch die staatlichen Aufsichtsbehörden kontrolliert wird. So lassen sich beispielsweise die Pflichten zum Löschen rechtswidriger Inhalte nach § 3 Abs. 2 NetzDG als imperative Regulierung einordnen, da der Staat den Plattformanbietern hier ein konkretes Verhalten im Umgang mit bestimmten Inhalten vorschreibt und dieses Gebot durch staatliche Aufsicht sowie Bußgeldandrohungen durchsetzt.²⁵

b) Selbstregulierung

Das Gegenstück zur hoheitlich-imperativen Regulierung stellt die Selbstregulierung durch gesellschaftliche Prozesse ohne Beteiligung des Staates dar. Dabei lassen sich wiederum zwei Erscheinungsformen unterscheiden:

Bei der „expliziten“ Selbstregulierung einigen sich verschiedene nicht-staatliche Akteure gezielt auf gemeinsame Verhaltensregeln sowie Sanktionen bei Verstößen.²⁶ Während die staatliche Regulierung grundsätzlich an Gemeinwohlbelangen ausgerichtet ist, sind die Ziele solcher Selbstregulierungsmaßnahmen regelmäßig durch das Eigeninteresse der jeweiligen Akteure motiviert, wenngleich eine Förderung von Gemeinwohlbelangen auch diesem Eigeninteresse entsprechen kann²⁷ (zum Beispiel erhöhtes Prestige für Lebensmittelhersteller durch die Umsetzung von ökologischen Standards). Beispiele für solche Instrumente der Selbstregulierung im Bereich der Medien sind etwa der Deutsche Presserat, der die Einhaltung des Pressekodex überwacht, oder Verhaltenskodizes, wenn sie von Verbänden ohne die Beteiligung des Staates erarbeitet werden.²⁸

Als „implizite“ Selbstregulierung können im Übrigen Prozesse bezeichnet werden, bei denen die Verhaltenssteuerung nicht auf bewussten Entscheidungen der Akteure beruht, sondern auf allgemeinen Sachzwängen oder sozialen Gesetzmäßigkeiten, zum Beispiel bei Marktprozessen.²⁹ Ein Beispiel aus dem Bereich der Intermediäre sind die Netzwerkeffekte, die dazu führen, dass ein Wechsel von einer Plattform zur anderen mit steigender Nutzerzahl der Plattform immer unattraktiver wird.³⁰

²⁵ Im englischen Sprachraum wird das NetzDG mitunter auch als Form der „Co-Regulation“, also als Mischform aus staatlicher und gesellschaftlicher Regulierung, eingeordnet, was die Schwierigkeit der Abgrenzung im Einzelfall verdeutlicht, s. hierzu *Iglesias Keller*, *The Perks of Co-Regulation*, 2022, S. 12 f.

²⁶ *Schulz/Held*, *Regulierte Selbstregulierung*, 2002, Modul A, S. 3; vgl. *Hoffmann-Riem*, *Digitale Transformation*, 2022, S. 114.

²⁷ *Eifert*, *Regulierungsstrategien*, 2012, Rn. 146.

²⁸ Vgl. *Hoffmann-Riem*, *Digitale Transformation*, 2022, S. 118.

²⁹ *Schulz/Held*, *Regulierte Selbstregulierung*, 2002, Modul A, S. 3.

³⁰ *Heidtke*, *Meinungsbildung und Medienintermediäre*, 2020, S. 115 ff.

c) Regulierte Selbstregulierung

Zwischen der staatlich-imperativen Regulierung und der gesellschaftlichen Selbstregulierung sind zahlreiche Kombinationsformen dieser beiden Steuerungsansätze möglich. Die Terminologie in diesem Bereich ist nicht immer einheitlich; im deutschen Sprachraum³¹ hat sich inzwischen jedoch der Begriff der „Regulierten Selbstregulierung“³² etabliert, der auch im Rahmen dieser Untersuchung verwendet wird. Hierunter werden alle Regulierungsmaßnahmen gefasst, bei denen die Selbstregulierung nicht-staatlicher Akteure in einem durch den Staat gesetzten, rechtlichen Rahmen erfolgt.³³

Charakteristisch ist dabei, dass der Staat einerseits auf die autonome Ordnungsleistung der gesellschaftlichen Akteure vertraut, aber andererseits durch die verbindliche Vorgabe bestimmter Ziele oder Handlungsspielräume dafür Sorge trägt, dass das Handeln Privater der Förderung von Gemeinwohlinteressen dient.³⁴ Der wesentliche Vorteil dieses Ansatzes im Vergleich zur imperativen Regulierung liegt darin, dass auf das besondere Wissen der Privaten zurückgegriffen werden kann, welche die unmittelbare praktische Anwendungserfahrung haben.³⁵ Gerade bei komplexen gesellschaftlichen Zusammenhängen, die mit technischen Prozessen verwoben sind, hat der Staat oft kein ausreichendes Wissen, um die vorhandenen Gefahrenpotentiale und die Auswirkungen seiner Eingriffe in jene Prozesse richtig einzuschätzen. Zudem verspricht die Kombination von staatlicher und privater Regulierung mehr Flexibilität und Anpassungsfähigkeit bei veränderten Umständen³⁶, was gerade bei der rapiden technischen Entwicklung im Bereich der digitalen Medien relevant wird. Andererseits birgt das Zusammenspiel von staatlicher und privater Regulierung auch stets das Risiko, dass die beiden Sphären zu stark ineinander übergreifen und beispielsweise der Staat durch seinen rechtlichen Rahmen eher private Partikularinteressen als Gemeinwohlbelange absichert oder durch zu starke Reglementierung die nötigen Handlungsspielräume der Privaten beschneidet.³⁷

Es sind zahlreiche Möglichkeiten denkbar, um gesellschaftliche Selbstregulierungsprozesse in einen staatlich gesetzten Rahmen einzupassen. Da an dieser Stelle keine erschöpfende Darstellung der rechtstheoretischen Grundlagen angestrebt wird, sollen lediglich einige Beispiele

31 Auch im englischen Sprachgebrauch ist die Terminologie noch immer vielfältig, wobei meist der Oberbegriff „Co-Regulation“ erscheint, siehe hierzu *Iglesias Keller*, *The Perks of Co-Regulation*, 2022, S. 4 ff., m.w.N.

32 *Eifert*, *Regulierungsstrategien*, 2012, Rn. 52 ff.; *Hoffmann-Riem*, *Digitale Transformation*, 2022, S. 121 ff.; *Schulz/Held*, *Regulierte Selbstregulierung*, 2002, Modul A, S. 4 f.; vgl. zur Begriffsgeschichte *Voßkuhle*, *Regulierte Selbstregulierung*, 2001, S. 198 ff.

33 *Schulz/Held*, *Regulierte Selbstregulierung*, 2002, Modul A, S. 5.

34 Vgl. *Hoffmann-Riem*, *Digitale Transformation*, 2022, S. 115.

35 *Eifert*, *Regulierungsstrategien*, 2012, Rn. 59.

36 *Eifert*, a.a.O., Rn. 59.

37 *Eifert*, a.a.O., Rn. 60.

angeführt werden³⁸: So kann der Staat etwa durch rechtlich nicht verbindliche Vorgaben („Soft Law“) Standards für bestimmte Wirtschaftszweige schaffen, deren zertifizierte Einhaltung von Unternehmen als Qualitätsnachweis genutzt werden kann.³⁹ Der Staat kann auch die Entwicklung von freiwilligen Verhaltenskodizes fördern, unterstützen und anleiten und so Unternehmen zu einer gemeinwohlorientierten Verhaltensanpassung motivieren.⁴⁰ Denkbar ist weiterhin eine Verlagerung von Kontrollfunktionen auf Private, die jedoch durch gesetzliche Vorgaben abgesichert werden.⁴¹ Diesem Schema entspricht beispielsweise die Einrichtung privater Schlichtungsstellen für Streitigkeiten nach dem NetzDG gem. § 3c NetzDG. Der Staat übt seine Kontrollfunktion hier aus, indem er bestimmte Voraussetzungen für die Anerkennung solcher privater Schlichtungsstellen aufstellt, wie zum Beispiel ihre Unabhängigkeit, Unparteilichkeit und Sachkunde, § 3c Abs. 2 NetzDG. Die konkrete Ausgestaltung des Schlichtungsverfahrens überlässt er jedoch den anerkannten Stellen.

3. Friktionen

Der Begriff der „Friktionen“ (wörtlich „Reibungen“) wird in der Rechtswissenschaft nicht einheitlich im Sinne einer verbindlichen Definition verwendet. Üblicherweise wird der Begriff genutzt, um Unstimmigkeiten, Konflikte, Widersprüche oder Hemmnisse zu beschreiben, die zwischen zwei oder mehr Regelungskomplexen (zum Beispiel einzelne Gesetze oder ganze Rechtsgebiete) oder auch innerhalb eines solchen Regelungskomplexes auftreten. Solche Konflikte sind regelmäßig dadurch geprägt, dass erst durch das Zusammenwirken mehrerer Regeln Probleme entstehen, die bei der Entwicklung der einzelnen Regeln nicht vorhergesehen wurden.

Um solche Friktionen zu identifizieren und zu analysieren, ist darauf abzustellen, welche Ziele die verschiedenen Regelungen bzw. Steuerungsmaßnahmen verfolgen, welche übergeordneten Rechtsprinzipien sie verwirklichen sollen, welche konkreten Folgen aus ihrem Zusammenspiel erwachsen und wie sich diese Folgen zu den verfolgten Zielen und übergeordneten Rechtsprinzipien verhalten. Im Kontext dieser Untersuchung wird deshalb grundsätzlich vom Vorliegen von Friktionen ausgegangen, wenn das Zusammenwirken verschiedener Regulierungsmaßnahmen zu Ergebnissen führt, die ihren Zielvorstellungen zuwiderlaufen oder im Widerspruch zu übergeordneten Rechtsprinzipien stehen. Dabei lassen sich drei wesentliche Erscheinungsformen von Friktionen in diesem Sinn unterscheiden:

1. Die Zielvorstellungen oder Auswirkungen der Regeln stehen einander entgegen; mehrere Regeln verfolgen widerstrebende Ziele oder sind so ausgestaltet, dass sich ihre Verwirklichung nachteilig auf die Zielverwirklichung der jeweils anderen Regel auswirkt.

³⁸ Für eine umfassende Darstellung verschiedener Erscheinungsformen s. *Eifert*, a.a.O., Rn. 61 ff.

³⁹ Z.B. die IT-Grundschutzkataloge des deutschen Bundesamtes für Sicherheit in der Informationstechnik, vgl. *Hoffmann-Riem*, Digitale Transformation, 2022, S. 121.

⁴⁰ Z.B. der europäische Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation, COM (2018) 236 final.

⁴¹ Vgl. hierzu *Eifert*, Regulierungsstrategien, 2012, Rn. 80 ff.

2. Das Zusammenwirken der Regeln führt zu unbeabsichtigten Ergebnissen, die den Zielvorstellungen beider Regeln widersprechen oder in Konflikt mit übergeordneten Rechtsprinzipien stehen.
3. Auch bei gleichzeitiger Anwendung der Regeln verbleiben Lücken, die weder durch die einzelnen Regeln noch durch ihre Kombination hinreichend geschlossen werden; die Ziele der Regeln oder übergeordnete Rechtsprinzipien werden deshalb nicht hinreichend verwirklicht.

Die in dieser Arbeit untersuchten Regulierungsmaßnahmen dienen dem Zweck, komplexe gesellschaftliche Prozesse zu beeinflussen und im Sinne übergeordneter Rechtsprinzipien zu steuern; namentlich sollen die durch die Intermediäre begründeten Gefahren für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung mithilfe von regulativer Einwirkung auf diese Intermediäre abgewendet werden. Im Kontext dieser Untersuchung werden die Friktionen also danach beurteilt, ob durch das Zusammenspiel zwischen den verschiedenen Regulierungsmaßnahmen diese Gefahren hinreichend eingedämmt werden und ob dabei die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung verwirklicht werden.

B. Der Prozess der öffentlichen Meinungsbildung unter dem Einfluss der Intermediäre

I. Verfassungsrechtliche Vorgaben

Der Prozess der öffentlichen Meinungsbildung stellt einen essentiellen Bestandteil der freiheitlich-demokratisch verfassten Staatsordnung dar. Art. 23 Abs. 2 GG, der das mit Ewigkeitsgarantie ausgestattete Demokratieprinzip statuiert, bestimmt als Quelle der Staatsgewalt das Staatsvolk, das seinem politischen Willen in freien Wahlen und Abstimmungen Ausdruck verleiht. Der Prozess der grundsätzlich offenen und freien Meinungs- und Willensbildung findet also im Volk statt und vollzieht sich von dort aus zu den Staatsorganen und nicht umgekehrt.⁴² Wesentliche Voraussetzung für die Betätigung dieser Willensfreiheit, in der sich die politische Autonomie des Einzelnen i.S.v. Art. 1 Abs. 1 GG ausdrückt, ist dabei die hinreichende Informiertheit der Bürger.⁴³ Nur wer ausreichende Kenntnis von den tatsächlichen Geschehnissen und den hierüber vertretenen Meinungen hat, ist im eigentlichen Sinn in der Lage zur freien und selbstverantwortlichen Bildung und Betätigung des eigenen politischen Willens.

Die verfassungsrechtliche Garantie dieser Bedingungen eines demokratischen Meinungsbildungsprozesses bilden insbesondere die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG. Auf der individuellen Ebene sind dies die sich wechselseitig ergänzende Meinungs- und Informationsfreiheit, Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG. Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung die

⁴² BVerfGE 20, 56.

⁴³ Vgl. BVerfGE 20, 162, Rn. 36; *Dörr*, Massenkommunikation, 2019, S. 17.

herausragende Bedeutung der individuellen Meinungsfreiheit, die „für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung schlechthin konstituierend [sei, da sie] die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihr Lebenselement ist, [erst ermögliche]“.⁴⁴ Dem korreliert die Freiheit, sich aus öffentlichen Quellen ungehindert zu informieren, die den Zugang zu Informationen und fremden Meinungen gewährleistet. Auf diesem Weg der freien Kommunikation von individuellen (oder kollektiven⁴⁵) Meinungen soll sich schließlich die öffentliche Meinung herausbilden, die das BVerfG als entscheidendes Element der modernen Demokratie ebenfalls als von Art. 5 GG garantiert ansieht.⁴⁶

Eine maßgebliche Rolle in diesem Prozess kommt den (Massen-)Medien zu. Als allgemein zugängliche Informationsräume schaffen diese die Möglichkeiten zur weiten Verbreitung und öffentlichen Diskussion von Informationen, womit sie historisch gesehen die Voraussetzungen für das Entstehen einer bürgerlichen Öffentlichkeit schufen.⁴⁷ Die Institutionen der klassischen Massenmedien Presse, Rundfunk und Film werden deshalb ausdrücklich durch die Rundfunkfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG garantiert, wobei das BVerfG diese als „dienende Freiheit“ begreift, deren Funktion vor allem darin bestehe, der freien und umfassenden Meinungsbildung der Bürger zu dienen.⁴⁸

Damit kommt den Medien jedoch auch ein entscheidender Einfluss darauf zu, welche Tatsachen und Meinungen im Volk überhaupt wahrgenommen und in welchem Kontext diese diskutiert werden; sie sind also nicht nur reine Vermittler („Medium“) sondern auch wesentlicher Faktor der Meinungsbildung⁴⁹, was ihnen die Bezeichnung als „vierte Gewalt“ im demokratischen Staat eingebracht hat.⁵⁰ Das BVerfG betont in diesem Zusammenhang die besonders hohe Breitenwirkung, Aktualität und Suggestivkraft des Rundfunks.⁵¹ Um den potentiellen Gefahren einer einseitigen Beeinflussung der öffentlichen Meinungsbildung durch die Medien zu begegnen, leitet das BVerfG aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG die Pflicht des Gesetzgebers ab, eine positive, gesetzliche Medienordnung zu schaffen und diese stetig zu optimieren bzw. an die fortschreitende technische Veränderung der Medienlandschaft anzupassen.⁵² Zentrale Aufgabe dieser Medienordnung ist es, das Entstehen von vorherrschender Meinungsmacht zu verhindern und eine möglichst vollständige Wiedergabe der bestehenden Meinungsvielfalt in den Medien zu gewährleisten.⁵³ Erst durch diese

44 BVerfGE 7, 198, Rn. 32.

45 Gem. Art. 19 Abs. 3 GG können sich auch juristische Personen (des Privatrechts), wie zum Beispiel Vereine, auf eine individuelle Meinungsfreiheit berufen, vgl. BVerfGE 21, 362; die kollektive Ausübung der individuellen Meinungsfreiheit gewährleistet hingegen Art. 8 GG.

46 BVerfGE 8, 104, Rn. 32.

47 *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641, 642.

48 BVerfGE 83, 238, Rn. 401; str., vgl. *Dörr*, Massenkommunikation, 2019, S. 17, m.w.N.

49 BVerfGE 83, 238, Rn. 401.

50 *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 63, m.w.N.

51 BVerfGE 136, 9, Rn. 34.

52 BVerfGE 121, 30, Rn. 91; 136, 9, Rn. 34 f.

53 St. Rspr., BVerfGE 73, 118, Rn. 90 ff.; 83, 238, Rn. 402; 121, 30, Rn. 91.

positive Vielfaltssicherung wird das besondere Machtpotential der Massenmedien eingeeht und in den Dienst der individuellen Freiheit und Willensbildung der Bürger gestellt.

Der Grundsatz der Medienvielfalt hat auch auf europarechtlicher Ebene Einzug in Art. 11 Abs. 2 GRCh gefunden und wird in ständiger Rechtsprechung sowohl vom EuGH⁵⁴ als auch vom EGMR⁵⁵ hervorgehoben.

II. Die Gefährdung der Meinungsbildung durch die Intermediäre

Die globale Verbreitung des Internets als neues, digitales Kommunikationsmittel hat dazu geführt, dass der Zugang zu meinungsbildungsrelevanten Informationen schneller und einfacher als je zuvor möglich ist. Inzwischen kann sogar berechtigterweise von einem Überangebot an verfügbaren Meinungen und Informationen gesprochen werden.⁵⁶ Gleichzeitig konzentriert sich die Kommunikation im digitalen Raum zunehmend auf wenigen großen Plattformen, die als Intermediäre den Zugang zu und den Austausch von Informationen erleichtern und organisieren.

Die Gefahrenpotentiale für die öffentliche Meinungsbildung, die sich auch dieser neuartigen Konzentrierung von Kommunikationsprozessen ergeben, lassen sich aufteilen in solche Gefahren, die von den Intermediären als Plattformanbietern ausgehen, und in solche, die durch das Verhalten der Plattformnutzer begründet werden. Im Verantwortungsbereich der Intermediäre lassen sich wiederum strukturelle Gefahrenursachen und Gefahren aufgrund gezielter Eingriffe unterscheiden.

1. Gefahren durch die Intermediäre

a) Gefahren durch Selektionslogiken

Die wesentliche Leistung der Intermediäre besteht darin, die nahezu unbegrenzte Fülle an digital verfügbaren Inhalten und Informationen zu aggregieren, zu sortieren und dem Nutzer in leicht konsumierbarer Form zu präsentieren.⁵⁷ Die Logik der Filterung und Sortierung von Inhalten wird dabei von automatisierten Algorithmen bestimmt, die unter anderem das bisherige Nutzungsverhalten des Nutzers auf der Plattform sowie seine Beziehung zu anderen Nutzern als Kriterium für die Auswahl und Reihung von automatisch angezeigten Inhalten heranziehen.⁵⁸ Der Nutzer erhält auf diese Weise eine personalisierte Anzeige, zum Beispiel von Neuigkeiten, Empfehlungen oder Werbung, auf der Grundlage dessen, was der Algorithmus als die für ihn

⁵⁴ EuGH v. 25.07.1991 – C-288/89, Rn. 22 f.; v. 22.01.2013 – C-283/11, Rn. 51.

⁵⁵ EGMR Slg. I 1991, 4007.

⁵⁶ *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641, 643.

⁵⁷ *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641, 643; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 125 ff.

⁵⁸ Eingehend hierzu *Drexl*, ZUM 2017, 529; *Lischka*, AfP 2018, 388; *Stark/Magin/Jürgens*, Ganz meine Meinung?, 2017, S. 20 f.

relevantesten Inhalte bestimmt hat. Auf den meisten Plattformen wird diese algorithmische Selektion um die Möglichkeit ergänzt, durch individuelle Auswahl bevorzugte Inhalte festzulegen, zum Beispiel durch Zusammenstellung eines personalisierten „News-Feeds“.

Die Intermediäre stellen somit ein wichtiges „Einfallstor“ dar, durch das die Informationsflut im Netz organisiert und gezielt angesteuert werden kann. Die algorithmusgesteuerte Auswahlentscheidung des Intermediärs hat dabei einen entscheidenden Einfluss darauf, mit welchen Informationen und Meinungen die Nutzer überhaupt in Kontakt kommen und bestimmt folglich auch, welches Meinungsklima vom Nutzer wahrgenommen und der eigenen Meinungsbildung zugrunde gelegt wird.⁵⁹ Den Intermediären wird deshalb vielfach eine „Gatekeeper“-Funktion vergleichbar den herkömmlichen Massenmedien zugeschrieben.⁶⁰

Weiterhin wird vielfach befürchtet, dass die algorithmisch-personalisierte Filterung von Inhalten dazu führt, dass Nutzer tendenziell nur noch mit Meinungen in Kontakt kommen, welche sie ohnehin bereits teilen, und dadurch eine kommunikative Fragmentierung der Gesellschaft gefördert wird.⁶¹ In diesem Zusammenhang wird oft das Bild von „Echokammern“⁶² oder „Filterblasen“⁶³ gebraucht: Räume, in denen geäußerte Meinungen ausschließlich durch positives Feedback bestärkt werden bzw. in die von Außen keine widersprüchlichen Meinungen und Informationen mehr eindringen können. Auch wenn diese Phänomene in der empirischen Forschung bislang nicht zweifelsfrei nachgewiesen werden konnten,⁶⁴ sind sie jedenfalls theoretisch schlüssig und als potentielle Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung ernstzunehmen.⁶⁵

b) Gefahren durch gezielte Eingriffe der Intermediäre

Den Intermediären als rein privat geführte Unternehmen kommt die faktische Entscheidungsmacht darüber zu, welche Informationen, Inhalte und Meinungen überhaupt auf ihren Plattformen angezeigt werden dürfen. Über die automatisierte Filterung von Inhalten mittels Algorithmen hinaus machen die Intermediäre von dieser Macht Gebrauch, indem sie durch die Gestaltung ihrer Nutzungsbedingungen gezielt bestimmte Inhalte von der Verbreitung über ihre Plattformen

⁵⁹ Stark/Magin/Jürgens, Ganz meine Meinung?, 2017, S. 188; vgl. Schmidt et al., Relevanz von Online-Intermediären, 2017, S. 14 ff.

⁶⁰ So etwa bei Drexl, ZUM 2017, 529, 536; Paal, MMR 2018, 567, 568; Raue, JZ 2018, 961; differenzierend hingegen Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 128 ff.; Neuberger/Lobigs, Meinungsmacht, 2018, S. 44 ff., m.w.N.

⁶¹ Drexl, ZUM 2017, 529; Lischka, AfP 2018, 388, 391; Paal/Hennemann, JZ 2017, 641, 644; vgl. Stark/Magin/Jürgens, Ganz meine Meinung?, 2017, S. 28 ff.

⁶² Der englische Begriff „echo chamber“ wurde geprägt von dem amerikanischen Rechtswissenschaftler Cass Sunstein, vgl. Sunstein, Republic.com, 2001.

⁶³ Der englische Begriff „filter bubble“ geht zurück auf Pariser, The Filter Bubble, 2011.

⁶⁴ Cornils, AfP 2018, 377, 381; Stark/Magin/Jürgens, Ganz meine Meinung?, 2017, S. 187; Neuberger/Lobigs, Meinungsmacht, 2018, S. 75, m.w.N.

⁶⁵ Ebenso Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 143 f.

ausschließen und bei Verstößen entsprechende Gegenmaßnahmen ergreifen.⁶⁶ Dabei steht den Plattformanbietern eine große Bandbreite an Maßnahmen zur Verfügung: von der eingeschränkten Sichtbarkeit einzelner Beiträge, über Löschung von Inhalten, zeitweise Sperrung von Nutzerkonten, bis hin zum endgültigen Ausschluss eines Nutzers von der Plattform.⁶⁷

Da die Intermediäre als private Unternehmen nicht wie der Staat unmittelbar zur weltanschaulichen Neutralität verpflichtet sind⁶⁸ und eigene wirtschaftliche und ideelle Interessen verfolgen, besteht die Gefahr, dass die Plattformanbieter bewusst in den Meinungsbildungsprozess auf ihren Plattformen eingreifen, indem sie bestimmte Informationen und Meinungen ausschließen oder deren Verbreitung erschweren (Stichwort „Overblocking“).⁶⁹ Hierdurch kann der Meinungsbildungsprozess potentiell im Sinne der Intermediäre verzerrt werden, da so die Verwirklichung der individuellen Meinungsfreiheit der betroffenen Nutzer erschwert und gleichzeitig die Informationsfreiheit der anderen Nutzer eingeschränkt wird.⁷⁰

Diese Gefahr einer vorherrschenden Meinungsmacht der Intermediäre wird dadurch verschärft, dass große Intermediäre, wie zum Beispiel Google, Facebook oder Twitter, in ihrem jeweiligen Segment inzwischen eine Quasi-Monopolstellung erreicht haben.⁷¹ Die Konzentration von Markt- und Meinungsmacht auf einigen wenigen Plattformen begründet sich unter anderem durch die (vor allem im Bereich der sozialen Medien vorherrschenden) Netzwerk- und Lock-In-Effekte, welche darauf beruhen, dass die Attraktivität eines Netzwerks mit der Zahl seiner Nutzer überproportional steigt und deshalb ein Wechsel von einer Plattform zur anderen aufgrund der für den Nutzer damit verbundenen „Kosten“ praktisch kaum stattfindet.⁷²

2. Gefahren durch Nutzerverhalten

Die neuartigen Möglichkeiten der Massenkommunikation im Rahmen von Online-Plattformen öffnen den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung auch für Beeinträchtigungen von Seiten der Nutzer dieser Plattformen.

Zum einen eröffnen die globalen Kommunikationsnetzwerke die Möglichkeit, auch mit strafbaren Äußerungen und Rechtsverletzungen potentiell innerhalb kürzester Zeit ein Massenpublikum zu erreichen, wobei ein Vorgehen gegen die Urheber oft aufgrund von

⁶⁶ *Mendelsohn*, MMR 2021, 857, 858 ff.

⁶⁷ *Holznagel*, CR 2018, 369, 372 ff.; *Kellner*, Regulierung von Intermediären, 2019, S. 78 ff.

⁶⁸ Zur Frage der Drittwirkung der Grundrechte in diesem Verhältnis s. Teil II A. II.

⁶⁹ Grundlegend hierzu *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234, 235; *Holznagel*, CR 2018, 369; *Raue*, JZ 2018, 961, 962.

⁷⁰ *Pille*, Meinungsmacht, 2016, S. 321.

⁷¹ *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 114; *Monopolkommission*, Herausforderung digitaler Märkte, 2015, S. 106 ff.; vgl. LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18, m. Anm. *Knebel*, MMR 2019, 56.

⁷² *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 115 ff.; *Pille*, Meinungsmacht, 2016, S. 339 ff.; *Schulz/Dankert*, Informationsintermediäre, 2016, S. 26 ff.;

Anonymität zusätzlich erschwert wird⁷³. In Frage kommen dabei vor allem Angriffe gegen die persönliche Ehre gem. §§ 185 ff. StGB oder Straftaten gegen die öffentliche Sicherheit und Ordnung wie das Verbreiten von Propagandamitteln verfassungswidriger Organisationen (§ 86 StGB) oder Volksverhetzung (§ 130 StGB). Regelmäßig enthalten auch Äußerungen, die unter diese Straftatbestände fallen, meinungsrelevante Inhalte, welche jedoch nicht mehr den Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG genießen. In diesem Zusammenhang werden außerdem die Auswirkungen von legaler „Hassrede“⁷⁴ auf den öffentlichen Kommunikationsprozess diskutiert.

Außerhalb der engen Grenzen der Strafgesetze ist eine Beeinträchtigung des Meinungsbildungsprozesses auch durch das gezielte Verbreiten von Falschinformationen denkbar. Seit den US-Präsidentenwahlen 2016 wird diese Problematik auch in Deutschland oft unter dem Stichwort „Fake News“ diskutiert.⁷⁵ Grundlage der freien Meinungsbildung ist vor allem die umfassende und zutreffende Informiertheit des Einzelnen. In der großen Menge der im Internet präsentierten und konsumierten Informationen ist jedoch oft nicht mehr ohne Weiteres erkennbar, welche Informationen tatsächlich auf seriöser journalistischer Arbeit beruhen und deshalb als verlässliche Grundlage für die individuelle Meinungsbildung dienen können.⁷⁶ Die Problematik wird dadurch verschärft, dass gerade kontroverse Meinungen und Informationen leicht Aufmerksamkeit auf sich ziehen und sich daher unabhängig von ihrem tatsächlichen Wahrheitsgehalt besonders schnell und weit verbreiten können.⁷⁷

Eine ähnliche Problematik ergibt sich aus dem potentiellen Einsatz von sogenannten „Social Bots“. Mit diesem Begriff werden computergesteuerte Profile in den sozialen Medien bezeichnet, durch die automatisierte und massenhafte Meinungskundgaben getätigt werden, zum Beispiel in Kommentarspalten, wodurch den anvisierten Beiträgen eine höhere Priorität im Algorithmus der Plattform verschafft wird und so ein verzerrtes Bild vom tatsächlich bestehenden Meinungsklima entsteht.⁷⁸ Die empirischen Befunde zur tatsächlichen Verbreitung solcher „Social Bots“ werden jedoch teilweise auch grundsätzlich in Zweifel gezogen.⁷⁹

⁷³ *Wagner*, GRUR 2020, 329, 336 f.

⁷⁴ Vgl. *Maunz/Dürig/Grabenwarter*, GG, Art. 5, Rn. 68.

⁷⁵ Vgl. etwa *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641, 644; *Peifer*, CR 2017, 809; näher hierzu Teil III. A. I. 2. c).

⁷⁶ *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641, 644.

⁷⁷ *Müller/Denner*, Was tun gegen Fake News?, 2019, S. 9.

⁷⁸ *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641, 644.

⁷⁹ *Gallwitz/Kreil*, The Rise and Fall of “Social Bot” Research, 2021, m.w.N.

Teil II: Die Regulierung der Intermediäre im Interesse der öffentlichen Meinungsbildung

Unter dem Eindruck der oben dargestellten Gefahrenpotentiale wurden in den vergangenen Jahren von staatlicher Seite verschiedene Versuche unternommen, diese Bedrohungen durch regulatorische Einwirkung auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung im Internet einzudämmen. Das umfangreiche und komplexe Problemfeld wurde dabei von Gesetzgebung und Rechtsprechung aus unterschiedlichen Richtungen in Angriff genommen, sodass inzwischen mehrere, voneinander unabhängige Regelwerke auf nationaler und supranationaler Ebene existieren, die der Steuerung des Meinungsbildungsprozesses dienen.

A. Die Regulierung der Intermediäre im deutschen Recht

Im Folgenden werden zunächst die drei wichtigsten Regelwerke des deutschen Rechts dargestellt, welche die Regulierung der Intermediäre im Interesse der öffentlichen Meinungsbildung bezwecken. Zunächst werden die Vorschriften des NetzDG als Mittel zur effektiven Durchsetzung des Strafrechts in den sozialen Medien in den Blick genommen. Anschließend werden die zivilrechtlichen Möglichkeiten von Plattformnutzern aufgezeigt, gegen Einschränkungen ihrer Meinungsfreiheit von Seiten der Plattformanbieter vorzugehen. Schließlich werden die für die Intermediäre relevanten Normen des MStV dargestellt, die dem öffentlichen Medienrecht zuzuordnen sind.

I. Netzwerkdurchsetzungsgesetz

1. Initiative

Das am 01.10.2017 in Kraft getretene „Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken“ (NetzDG) stellte zeitlich gesehen den ersten großen Vorstoß von Seiten des Gesetzgebers dar, um die Intermediäre im Hinblick auf die von Ihnen verbreiteten meinungsbildungsrelevanten Inhalte zu regulieren. Der Gesetzesentwurf wurde auf Initiative der Regierungsfraktion in den Bundestag eingebracht und am 30.06.2017 als Bundesgesetz verabschiedet. Der Regierungsentwurf basierte auf den Ergebnissen einer Arbeitsgruppe des Bundesjustizministeriums zum Umgang mit strafbaren Inhalten in sozialen Netzwerken, die im Jahr 2015 unter dem damaligen Bundesjustizminister Heiko Maas (SPD) initiiert wurde. Auch in der öffentlichen Debatte machte sich Maas besonders für die Einführung des NetzDG stark, weshalb das Gesetzesvorhaben politisch eng mit seinem Namen verknüpft ist.⁸⁰ Eine umfassende

⁸⁰ Vgl. beispielhaft <https://www.welt.de/wirtschaft/article172370573/NetzDG-Heiko-Maas-verteidigt-sein-Facebook-Gesetz.html> (abgerufen am 31.07.2022).

Erweiterung und Novellierung hat das NetzDG im Jahr 2021 durch das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“ (Inkrafttreten am 01.02.2022) und das „Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes“ (Inkrafttreten am 28.06.2021) erfahren.

Der Regierungsentwurf beruft sich auf die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) sowie Artikel 74 Abs. 1 Nr. 7 GG (öffentliche Fürsorge) und argumentiert, dass eine bundeseinheitliche Gesetzgebung erforderlich sei, um gleichwertige Lebensverhältnisse im Bundesgebiet herzustellen und eine Rechtszersplitterung bei der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken zu verhindern. Da sich das Gesetz gegen die „Verrohung der Debattenkultur“ in sozialen Medien richte, sei auch der Schutzzweck des Jugendmedienschutzes berührt.⁸¹ Eine starke Meinung in der juristischen Literatur geht jedoch davon aus, dass das NetzDG bereits formell verfassungswidrig ist, da das öffentliche Medienrecht grundsätzlich zur Gesetzgebungskompetenz der Länder gehört und die von der Bundesregierung in Anspruch genommenen Gesetzgebungskompetenzen nicht einschlägig sind.⁸² Da es in der Sache um die Ausübung der Kommunikationsgrundrechte und die Durchsetzung allgemeiner Gesetze in den digitalen Medien gehe, stehe weder die wirtschaftliche Betätigung der Intermediäre, noch der Jugendschutz im Vordergrund.⁸³

2. Zielrichtung

Mit der Regulierung der Intermediäre durch das NetzDG hatte der Gesetzgeber 2017 Neuland betreten. Der Gesetzesentwurf muss dabei vor dem politischen Hintergrund der Flüchtlingskrise ab 2015 und den US-Präsidentenwahlen 2016 gesehen werden.⁸⁴ Diese Ereignisse hatten zu einer erheblichen Polarisierung der Bevölkerung in zentralen politischen Fragen und einer spürbaren Aufheizung der Debatte in den meisten westlichen Staaten geführt, welche sich nun auch in den digitalen Kommunikationsräumen, allen voran den sozialen Medien, Bahn brach. Mit dem NetzDG trat der Bundesgesetzgeber an, um diese „Verrohung der Debattenkultur“ durch eine effektivere Rechtsdurchsetzung im Netz einzudämmen. Als zentrales Problem identifizierte er dabei ausdrücklich „die zunehmende Verbreitung von Hasskriminalität und anderen strafbaren Inhalten vor allem in sozialen Netzwerken wie Facebook, YouTube und Twitter“, worin er „eine große Gefahr für das friedliche Zusammenleben einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft“ erblickte. Im Fokus der Regulierung stehen vor allem „Hassrede und rassistische Hetze“, die „jede und jeden aufgrund der Meinung, Hautfarbe oder Herkunft, der Religion, des

⁸¹ BT-Drs. 315/17, S. 8 f.

⁸² *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 440 ff.; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1724 ff.; *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2017, 390; *Liesching*, MMR 2018, 26; *Spindler*, GRUR 2018, 365, 366; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 97.

⁸³ *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 442; *Liesching*, MMR 2018, 26.

⁸⁴ Vgl. BR-Drs. 315/17, S. 6: „Nach den Erfahrungen im US-Wahlkampf hat auch in der Bundesrepublik Deutschland...“.

Geschlechts oder der Sexualität diffamieren“ könnten. Auch der „Bekämpfung von strafbaren Falschnachrichten („Fake News“) in sozialen Netzwerken“ wurde eine hohe Priorität zugemessen.⁸⁵

Der Regulierungsansatz zielt also letztlich darauf, die öffentliche Debatte von bestimmten Äußerungen freizuhalten, welche als besonders schädlich für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung empfunden werden. Nutzer sozialer Medien sollen in ihren Möglichkeiten beschnitten werden, die Debattenkultur durch Verbreitung bestimmter (strafbarer) Äußerungen negativ zu beeinflussen. Um dieses Ziel zu erreichen, werden die sozialen Netzwerke als Vermittler solcher Meinungsäußerungen in die Pflicht genommen, indem ihnen eine erhöhte Verantwortung für die schnelle und effektive Löschung von objektiv strafbaren Inhalten auferlegt wird. Dieses Ansinnen hat der Gesetzgeber auch im Zuge der Novellierung des NetzDG bekräftigt.⁸⁶

3. Pflichten für Anbieter sozialer Netzwerke

a) Anwendungsbereich

Die Vorschriften des NetzDG gelten gem. § 1 Abs. 1, Abs. 2 NetzDG für soziale Netzwerke mit mindestens zwei Millionen registrierten Nutzern⁸⁷ im Inland. Soziale Netzwerke werden definiert als „Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die es Nutzern ermöglichen, beliebige Inhalte mit anderen Nutzern auszutauschen, zu teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich zu machen“. Ob der Anbieter seinen Sitz im Inland hat, ist dabei nicht entscheidend.⁸⁸ Überwiegend wird deshalb die Vereinbarkeit des NetzDG mit dem Europarecht bezweifelt, da ein Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL vorliege.⁸⁹ Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind nach § 1 Abs. 1 S. 2 NetzDG Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden, also beispielsweise die Kommentarspalten von Online-Zeitungen. Ausgenommen bleiben nach § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG außerdem Netzwerke, die von vornherein thematisch und personell eingegrenzt sind, wie zum Beispiel berufliche Netzwerke oder Verkaufsplattformen, sowie Plattformen der Individualkommunikation, was insbesondere Nachrichtendienste wie WhatsApp betrifft.⁹⁰ Für eine thematische Eingrenzung genügen jedoch nicht bloß punktuelle thematische Einschränkungen, zum Beispiel durch eine „virtuelle Hausordnung“ in den Nutzungsbedingungen.⁹¹

⁸⁵ BR-Drs. 315/17, S. 6.

⁸⁶ BR-Drs. 87/20, S. 11 f.

⁸⁷ Kritisch zur quantitativen Grenze *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 101; *Liesching*, MMR 2018, 26, 28.

⁸⁸ *Guggenberger*, NJW 2017, 2577.

⁸⁹ *Liesching*, MMR 2018, 26, 29 ff.; MMR-Beil. 2020, 3, 17; *Spindler*, ZUM 2017, 473; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 96; a.A. *Nölscher*, ZUM 2020, 301.

⁹⁰ Vgl. *Guggenberger*, NJW 2017, 2577 f.

⁹¹ BT-Drs. 18/12356, S. 19.

Im Zuge der Novellierung des Gesetzes wurde die Anwendbarkeit des NetzDG in Umsetzung der AVMD-RL grundsätzlich auch für Video-Sharing-Plattformen normiert, § 3e Abs. 1 NetzDG. In Bezug auf solche Plattformen geht der Anwendungsbereich sogar über § 1 Abs. 1 S. 3 NetzDG hinaus, da von der AVMD-RL auch Video-Sharing-Plattformen mit thematischer Spezialisierung erfasst werden.⁹² Für kleinere Video-Sharing-Plattformen mit weniger als zwei Millionen registrierten Nutzern im Inland sind die Vorschriften des NetzDG nach § 3e Abs. 2 NetzDG nur eingeschränkt anwendbar, wenn sie ihren Sitz in Deutschland haben. Für Anbieter von Video-Sharing-Plattformen, die ihren Sitz im EU-Ausland haben (zum Beispiel YouTube) ergibt sich nach § 3e Abs. 3 NetzDG eine Aufteilung der Pflichten: Innerhalb des nach Art. 28 a, 28b AVMD-RL harmonisierten Bereichs, der die in § 3e Abs. 2 S. 2 NetzDG aufgeführten Inhalte und Straftatbestände (zum Beispiel § 130 StGB) betrifft, ist grundsätzlich der Heimatstaat des Anbieters zuständig. Die Pflichten der §§ 2, 3, 3b NetzDG gelten hier nur aufgrund einer besonderen Anordnung des BfJ, die jedoch den Vorgaben des § 3 Abs. 5 TMG entsprechen muss. Im Hinblick auf die übrigen rechtswidrigen Inhalte i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG, die nicht in § 3e Abs. 2 S. 2 NetzDG aufgeführt sind, gelten jedoch weiterhin die Pflichten des NetzDG und damit auch das Aufsichtsregime der deutschen Behörden.

b) Umgang mit rechtswidrigen Inhalten

Das Herzstück des NetzDG bilden die Vorschriften zum Umgang mit rechtswidrigen Inhalten auf der Plattform. Als „rechtswidrige Inhalte“ i.S.d. NetzDG gelten nach § 1 Abs. 3 NetzDG solche nutzergenerierten Inhalte, die den Tatbestand einer der dort aufgeführten Strafnormen erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Der Katalog enthält unter anderem Straftaten gegen die persönliche Ehre (§§ 185 ff. StGB), gegen den demokratischen Rechtsstaat (§§ 86, 86a, 89a, 91, 100a StGB), Volksverhetzung (§ 130 StGB) sowie Beschimpfung von Religionsgemeinschaften (§ 166 StGB). Neben der Erfüllung des objektiven und subjektiven Tatbestands darf kein Rechtfertigungsgrund vorliegen; die schuldhaftige Begehung ist hingegen nicht erforderlich.⁹³

aa) Beschwerdemanagement, § 3 NetzDG

Nach § 3 NetzDG müssen die Anbieter sozialer Netzwerke insbesondere ein wirksames und transparentes Verfahren für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorhalten. Begegnet einem Nutzer ein rechtswidriger Inhalt auf der Plattform, muss ihm zunächst ein „leicht erkennbares, unmittelbar erreichbares, leicht bedienbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden“ zur Verfügung stehen, § 3 Abs. 1 S. 2 NetzDG. Der Anbieter bzw.

⁹² Zum Beispiel Videospiele-Streaming-Dienste, BT-Drs. 19/18792, S. 50 f.

⁹³ BT-Drs. 18/12356, S. 20.

sein befugter Wissensvertreter innerhalb des Bearbeitungsteams⁹⁴ hat von der Beschwerde unverzüglich Kenntnis zu nehmen und den gemeldeten Inhalt auf seine Rechtswidrigkeit i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG hin zu überprüfen, § 3 Abs. 2 Nr. 1 NetzDG.

Liegt ein offensichtlich rechtswidriger Inhalt vor, muss der Inhalt grundsätzlich binnen 24 Stunden nach Eingang der Beschwerde gelöscht bzw. gesperrt werden, § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG. „Offensichtlich“ soll die Rechtswidrigkeit nur dann sein, wenn „zur Feststellung der Rechtswidrigkeit [...] keine vertiefte Prüfung erforderlich ist“.⁹⁵ Da die Prüfung meist durch juristische Laien vorgenommen wird,⁹⁶ sind allerdings kaum Fälle denkbar, in denen die korrekte Subsumtion unter die oft schwierig zu beurteilenden Straftatbestände ohne Weiteres möglich sein sollte. Regelmäßig ist hierzu eine komplexe Abwägung zwischen den abstrakt gleichrangigen Rechtsgütern Meinungsfreiheit, Ehrenschatz und öffentliche Sicherheit erforderlich, die auch für ausgebildete Juristen nicht ohne eingehende Prüfung möglich ist.⁹⁷ Dasselbe gilt für die Beurteilung des subjektiven Tatbestands oder möglicher Rechtfertigungsgründe.⁹⁸

Unabhängig von der Offensichtlichkeit muss jeder rechtswidrige Inhalt in der Regel innerhalb von 7 Tagen nach Eingang der Beschwerde entfernt werden, § 3 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG. Von dieser Frist darf nur abgewichen werden, wenn die Entscheidung von tatsächlichen Umständen abhängt und dem Nutzer Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben werden soll, oder wenn der Anbieter die Entscheidung fristgerecht einer anerkannten Stelle der Regulierten Selbstregulierung i.S.v. § 3 Abs. 6 – 10 NetzDG überlässt. Diese starren Löschrufen, die unabhängig von der tatsächlichen Kenntnisnahme zu laufen beginnen, werden teilweise als Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL gesehen.⁹⁹ Beschwerdeführer und Beschwerdegegner sind gem. § 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG unverzüglich und mit entsprechender Begründung über alle Entscheidungen im Beschwerdeverfahren zu informieren.

bb) Übermittlungspflicht, § 3a NetzDG

Seit der Novellierung des NetzDG enthält § 3a NetzDG ferner die Pflicht, bestimmte rechtswidrige Inhalte dem Bundeskriminalamt (BKA) zu übermitteln, um über die Entfernung des rechtswidrigen Inhalts hinaus eine effektive repressive Strafverfolgung zu ermöglichen.¹⁰⁰ Sobald ein Inhalt

⁹⁴ BT-Drs. 18/12356, S. 22.

⁹⁵ BT-Drs. 18/12356, S. 22.

⁹⁶ Der Transparenzbericht von Facebook zeigt bspw. dass Beschwerden nach dem NetzDG zunächst von Mitarbeitern aus Irland und den USA geprüft und nur in unklaren Fällen an unternehmensinterne Juristen weitergegeben werden, die wiederum nur bei besonders komplexen Sachverhalten externe deutsche Anwälte zu Rate ziehen, <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/01/NetzDG-DE.pdf>, S. 11; im zweiten Halbjahr 2021 wurden deutsche Juristen nur bei 73 von ca. 115.000 Beschwerden hinzugezogen.

⁹⁷ *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1723.

⁹⁸ *Guggenberger*, NJW 2017, 2578.

⁹⁹ *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 99; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29 ff.; *Spindler*, ZUM 2017, 473; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 95; a.A. *Nölscher*, ZUM 2020, 301.

¹⁰⁰ Vgl. BR-Drs. 87/20, S. 11.

aufgrund einer Beschwerde gelöscht bzw. gesperrt wurde, hat der Anbieter unverzüglich eine Prüfung anzuschließen, ob der Inhalt einen der in § 3a Abs. 2 Nr. 3 NetzDG aufgeführten Straftatbestände erfüllt. Die Meldepflicht gilt nicht für alle rechtswidrigen Inhalte i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG, sondern vor allem für solche Straftaten, bei denen dem Staat ein eigenes Verfolgungsinteresse zukommt, etwa bei Gefährdung des demokratischen Rechtsstaats (§§ 86 ff. StGB) oder Verbreitung von Kinderpornografie (§§ 184b, 184d StGB). Dabei bleiben insbesondere die Antragsdelikte im Rahmen des persönlichen Ehrenschatzes gem. §§ 185 ff. StGB außer Betracht. Liegen konkrete Anhaltspunkte für mindestens einen jener Tatbestände vor, hat der Anbieter gem. § 3a Abs. 3, 4 NetzDG dem BKA unverzüglich den Inhalt selbst sowie die letzte IP-Adresse einschließlich der Portnummer des Nutzers mitzuteilen, der den Inhalt geteilt hat. Der Nutzer selbst ist gem. § 3a Abs. 5 NetzDG erst 4 Wochen nach der Übermittlung an das BKA hierüber zu informieren, sofern nicht das BKA die Zurückstellung der Information anordnet.

c) Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahren, §§ 3b, 3c NetzDG

Mit der Novellierung des NetzDG reagierte der Gesetzgeber auch auf die vielfachen Vorwürfe hinsichtlich der Gefahr von „Overblocking“, indem er die Anbieter zum Vorhalten weiterer Verfahren zur Überprüfung von Entscheidungen und Schlichtung von Streitigkeiten zwischen den Beteiligten verpflichtete.

Nach § 3b NetzDG hat der Anbieter ein Gegenvorstellungsverfahren einzurichten, mit dem sowohl Beschwerdeführer als auch Beschwerdegegner die ursprüngliche Entscheidung über den Umgang mit dem beanstandeten Inhalt überprüfen lassen können. Im Rahmen der zu begründenden Unterrichtung über die ursprüngliche Entscheidung hat der Anbieter gem. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 lit. b) NetzDG auch auf die Möglichkeit der Gegenvorstellung hinzuweisen und die einfache elektronische Kontaktaufnahme zu ermöglichen. Die Überprüfung der Entscheidung kann innerhalb von zwei Wochen nach dieser Unterrichtung unter Angabe von Gründen beantragt werden, § 3b Abs. 1 S. 2 NetzDG. Die Entscheidung ist dann unverzüglich durch eine mit der ursprünglichen Entscheidung nicht befasste Person zu überprüfen und die Parteien sind über die Überprüfungsentscheidung unverzüglich unter einzelfallbezogener Begründung zu informieren, § 3b Abs. 2 Nrn. 3, 4 NetzDG. Ob der Gegenvorstellung abgeholfen wird, liegt dabei weiterhin im Ermessen des Anbieters. Der Gesetzgeber hat insoweit davon abgesehen, an dieser Stelle einen durchsetzungsfähigen „Put-Back“-Anspruch auf Wiederherstellung eines zu Unrecht gelöschten Inhalts gesetzlich zu normieren¹⁰¹, wie in der Literatur teilweise angeregt worden war¹⁰².

¹⁰¹ *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518, 520; *Niggemann*, CR 2020, 326, 328 ff.; ein solcher Anspruch kann jedoch gegebenenfalls aus dem Plattformnutzungsvertrag abgeleitet werden, s. Teil II. A. II. 3.

¹⁰² Vgl. den alternativen Gesetzesentwurf von *Peukert*, MMR 2018, 572, 573.

Das Gegenvorstellungsverfahren ist gem. § 3b Abs. 3 NetzDG entsprechend anzuwenden, wenn eine Löschung nicht auf einer Beschwerde i.S.d. NetzDG beruht, also vor allem in den Fällen, in denen Löschungen von den Anbietern bereits auf Basis ihrer Nutzungsbedingungen vorgenommen werden. In diesen Fällen kann die ursprüngliche Entscheidung auch durch dieselbe Person überprüft werden und die Überprüfung kann sogar gänzlich unterbleiben, wenn es sich bei dem gelöschten Inhalt um eine „erkennbar unerwünschte oder gegen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters verstoßende kommerzielle Kommunikation“ handelt und die Gegenvorstellung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat.

Führt auch das Gegenvorstellungsverfahren nicht zu einer Befriedung der jeweiligen Streitigkeit, sieht § 3c NetzDG darüber hinaus die Möglichkeit zur Durchführung eines außergerichtlichen Schlichtungsverfahrens vor. Als Schlichtungsstellen sollen dabei spezielle, privatrechtlich organisierte Einrichtungen fungieren, die vom BfJ als solche anzuerkennen sind, wenn sie bestimmte personelle und organisatorische Voraussetzungen nach § 3c Abs. 2 NetzDG erfüllen. Die Schlichtung findet nur statt, wenn bereits ein Gegenvorstellungsverfahren durchgeführt wurde und auch der Anbieter an der Schlichtung teilnimmt, § 3c Abs. 3 NetzDG. Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens ist somit freiwillig und auch keine Voraussetzung für ein gerichtliches Verfahren, § 3c Abs. 4 NetzDG. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise ein „einfaches und niederschwelliges Angebot an die Beteiligten“ zur zügigen Lösung von Streitigkeiten schaffen,¹⁰³ das gegebenenfalls eine Alternative zum aufwendigen und risikobehafteten Gerichtsverfahren darstellen kann.

Für die außergerichtliche Streitbeilegung bei Videosharing-Plattformen sind darüber hinaus eigene behördliche Schlichtungsstellen nach § 3f NetzDG einzurichten, die jedoch nur subsidiär zu den privaten Schlichtungsstellen nach § 3c NetzDG tätig werden.

4. Transparenzpflicht und Aufsicht

Über ihren Umgang mit Beschwerden i.S.v. § 3 NetzDG haben die Anbieter sozialer Netzwerke gem. § 2 Abs. 1 NetzDG halbjährlich einen umfassenden Transparenzbericht zu veröffentlichen, sobald sie insgesamt mehr als 100 solcher Beschwerden im Kalenderjahr erhalten. Der Bericht hat nach § 2 Abs. 2 NetzDG eine Fülle von Informationen zum Beschwerdemanagement zu enthalten, insbesondere zur Anzahl der eingegangenen Beschwerden, Qualifikation des eingesetzten Personals, Anzahl der Löschungen bzw. Sperrungen und Gründe hierfür, sowie zur Zeit zwischen Beschwerdeeingängen und Löschungen.

Seit der Gesetzesnovelle hat der Anbieter außerdem Informationen über „Art, Grundzüge der Funktionsweise und Reichweite von gegebenenfalls eingesetzten Verfahren zur automatisierten Erkennung von Inhalten, die entfernt oder gesperrt werden sollen,“ zu veröffentlichen. Damit

¹⁰³ BT-Drs. 19/18792, S. 48.

werden den Intermediären Transparenzpflichten hinsichtlich der von ihnen eingesetzten Algorithmen auferlegt.¹⁰⁴ Da es dem Gesetzgeber dabei insbesondere um die Sensibilisierung der Öffentlichkeit geht, sind an dieser Stelle nur „grundsätzliche Informationen in allgemeinverständlicher Form“ und keine technischen Details zu erwarten.¹⁰⁵ Mit Wirkung zum 01.02.2022 wurde außerdem § 5a NetzDG neu eingefügt, der es erstmals wissenschaftlichen Forschern erlaubt, direkt von den Intermediären qualifizierte Auskünfte über die eingesetzten Algorithmen und die Verbreitung von rechtswidrigen Inhalten zu verlangen. Ferner sind seit der Novellierung auch Erläuterungen zu den Nutzungsbedingungen der Anbieter in den Bericht aufzunehmen, die unter anderem zur Vereinbarkeit mit §§ 307 – 309 BGB Stellung nehmen sollen.

Verletzt der Anbieter seine Pflichten aus §§ 2 - 3b NetzDG, kann ein Verstoß nach § 4 Abs. 1, 2 NetzDG als Ordnungswidrigkeit mit einem Bußgeld von bis zu 5 Mio. € geahndet werden. Zuständige Verwaltungsbehörde ist das BfJ. Will die Behörde ein Bußgeld wegen der Nichtentfernung rechtswidriger Inhalte verhängen, soll sie gem. § 4 Abs. 5 NetzDG die Vorabentscheidung des ordentlichen Gerichts einholen, das über den Einspruch gegen den Bußgeldbescheid zu entscheiden hätte.

War bis zur Novellierung des NetzDG lediglich die repressive Verfolgung von Verstößen mittels Bußgeldern möglich, so besteht inzwischen ein allgemeines Aufsichtsregime des BfJ gem. § 4a Abs. 1 NetzDG. Die Behörde kann nun gem. § 4a Abs. 2 NetzDG bereits präventiv die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um festgestellte Zuwiderhandlungen gegen alle Vorschriften des NetzDG abzustellen. Vorabentscheidungen der ordentlichen Gerichte sind dabei entsprechend § 4 Abs. 5 NetzDG einzuholen.

II. Zivilrechtlicher Schutz der Meinungsfreiheit

1. Initiative

Da alle gängigen sozialen Netzwerke von privaten Unternehmen angeboten werden, bestimmt sich das Rechtsverhältnis zwischen Anbietern und Nutzern dieser Plattformen grundsätzlich nach den Regeln des Zivilrechts. So kam es im Zuge der kontrovers geführten Diskussion um „Hassrede“ und „Fake News“ in den sozialen Medien, die auch durch den Erlass des NetzDG angeheizt wurde, seit dem Jahr 2018 zu einer Vielzahl von Klageverfahren vor den Zivilgerichten, bei denen Nutzer gegen die Löschung von Beiträgen oder Sperrung ihrer Konten durch Plattformanbieter (insbesondere Facebook) vorgehen und die Wiederherstellung ihrer Inhalte verlangten. Grund der Löschungen war dabei fast immer der Vorwurf der „Hassrede“ bzw. die Verletzung der Nutzungsbedingungen der Plattform. Die erste richtungsweisende Entscheidung auf

¹⁰⁴ Vgl. zum Transparenzgebot im MStV Teil II. A. III. 3. b).

¹⁰⁵ BT-Drs. 19/18792, S. 42 f; Vgl. *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518, 521.

obergerichtlicher Ebene erging durch das OLG München, welches einen Wiederherstellungsanspruch des Nutzers unter Rückgriff auf die Rspr. des BVerfG zur Drittwirkung der Grundrechte in privatrechtlichen Verhältnissen begründete.¹⁰⁶ Es folgten zahlreiche weitere gerichtliche Entscheidungen, welche die aufgeworfenen Rechtsfragen weiter ausarbeiteten und dabei teilweise vom Ergebnis des OLG München abwichen.¹⁰⁷ Im Jahr 2021 erfolgte schließlich auch die erste höchstrichterliche Entscheidung zu diesem Sachkomplex.¹⁰⁸

Auch das BVerfG hatte bereits in seiner „Fraport“-Entscheidung aus dem Jahr 2011 angedeutet, dass „die mittelbare Grundrechtsbindung Privater einer Grundrechtsbindung des Staates [...] nahe oder auch gleich kommen [kann]“, wenn „private Unternehmen die Bereitstellung schon der Rahmenbedingungen öffentlicher Kommunikation selbst übernehmen und damit in Funktionen eintreten, die [...] früher dem Staat als Aufgabe der Daseinsvorsorge zugewiesen waren.“¹⁰⁹ In seiner „Stadionverbot“-Entscheidung aus dem Jahr 2018 führte das BVerfG ferner aus, dass durch die mittelbare Drittwirkung des Gleichheitsgebots gem. Art. 3 Abs. 1 GG auch das Hausrecht Privater begrenzt werden kann, wenn diese ihre Räumlichkeiten „einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet [haben] und der [Ausschluss] für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet.“¹¹⁰ Mit der Entscheidung „Der III. Weg“ übertrug das Gericht diese Grundsätze schließlich auch auf den Ausschluss einer politischen Partei von der digitalen Plattform Facebook aufgrund eines Verstoßes gegen die Nutzungsbedingungen der Plattform, ohne jedoch ein abschließendes Urteil über das Maß der Ausstrahlungswirkung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in diesem Verhältnis zu fällen.¹¹¹

2. Zielrichtung

Die inzwischen umfangreiche Rspr. und Literatur zu der dargestellten Problematik folgt keiner einheitlichen, bewussten Zielsetzung, sondern ist von einer Vielzahl verschiedener Meinungen und Schwerpunktsetzungen geprägt.¹¹² Die Regulierung des Meinungsbildungsprozesses erfolgt insoweit nicht durch einen gezielten, hoheitlichen Zugriff mittels Schaffung neuer Normen, sondern durch die Fortentwicklung bestehender Regeln (Zivilrecht, Verfassungsrecht) und deren Anwendung auf einen neuartigen Sachverhalt. Im Vordergrund steht dabei der gerechte Ausgleich der betroffenen Grundrechte und Interessen aller Beteiligten (Nutzer sowie Anbieter).

¹⁰⁶ OLG München v. 17.07.2018 – 18 W 858/18; v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18; zuvor bereits LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18; LG Mosbach v. 01.06.2018 - 1 O 108/18.

¹⁰⁷ Vgl. nur OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18; OLG Karlsruhe v. 28.02.2019 – 6 W 81/18; KG Berlin v. 22.03.2019 – 10 W 172/18; LG Frankfurt v. 10.09.2018 – 2-03 O 310/18; LG Offenburg v. 26.09.2018 – 2 O 310/18; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18.

¹⁰⁸ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, m. Bspr. *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981.

¹⁰⁹ BVerfGE 128, 226, Rn. 59; bestätigt durch BVerfG v. 18.07.2015 – 1 BvQ 25/15 - „Bierdosen-Flashmob“.

¹¹⁰ BVerfGE 148, 267, Rn. 41.

¹¹¹ BVerfG v. 22.05.2019 – 1 BvQ 42/19; vgl. hierzu *Holznel*, CR 2019, 518, 520.

¹¹² Vgl. zum Überblick *Spindler*, CR 2019, 238.

Durch die Einbeziehung des Schutzniveaus von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG in das zivilrechtliche Nutzungsverhältnis wird der besonderen Machtposition der Intermediäre in der digitalen Informationsgesellschaft Rechnung getragen. Die Rspr. leistet damit einen Beitrag zum Schutz der individuellen Meinungs- und Informationsfreiheit vor gezielten Beeinträchtigungen durch die Intermediäre. Mithilfe der Auslegung und Fortentwicklung zivilrechtlicher Vorschriften im Lichte des Verfassungsrechts lassen sich also potentiell die Gefahren des „Overblockings“ durch Plattformanbieter eindämmen, womit auch der Gefahr einer vorherrschenden Meinungsmacht von Intermediären begegnet werden könnte.

3. Rechtliche Begründung von Wiederherstellungsansprüchen

a) Anwendbarkeit des deutschen Rechts

Voraussetzung dafür, dass das deutsche Zivilrecht und damit auch mittelbar das deutsche Verfassungsrecht seine regulatorische Wirkung auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung entfalten können, ist zunächst die Anwendbarkeit des deutschen Rechts. Da die meisten großen Plattformanbieter ihren Hauptunternehmenssitz im Ausland haben, ist anhand der Regeln des internationalen Privatrechts festzustellen, inwieweit das deutsche Recht im Verhältnis zwischen diesen Anbietern und deutschen Nutzern zur Anwendung kommt.

Nach allgemeiner Ansicht kommt mit der Registrierung des Nutzers auf der jeweiligen Plattform ein vertragliches Schuldverhältnis zwischen Nutzer und Anbieter der Plattform zustande.¹¹³ Vertragspartner ist in den Fällen von Facebook, Google/YouTube und Twitter jeweils die europäische Tochtergesellschaft des Unternehmens mit Sitz in Dublin, Irland.¹¹⁴ Einschlägig ist somit die Rom I-VO der EU.

Grundsätzlich unterliegt das anwendbare Recht gem. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO der freien Rechtswahl der Vertragspartien. Von dieser Rechtswahl haben etwa Facebook und YouTube in ihren AGB Gebrauch gemacht, wobei Facebook die Anwendbarkeit deutschen Rechts nur für Verbraucher bestimmt. In allen anderen Fällen wird ausdrücklich die Anwendung des irischen Rechts vereinbart.¹¹⁵ Die AGB von Twitter hingegen enthalten eine Rechtswahl (kalifornisches Recht) ausdrücklich nur für Nutzer außerhalb der EU.¹¹⁶

Abseits der freien Rechtswahl bestimmt sich das anwendbare Recht gem. Art. 4 Abs. 1 Rom I-VO grundsätzlich nach dem Vertragstyp. Auch wenn die vertragstypologische Einordnung des

¹¹³ BGH NJW 2018, 3178, 3179; OLG München v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, Rn. 18; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 12; *Bräutigam/von Sonnleitner*, Social Media Vertrag, 2015, Rn. 7 ff.; *Gläser*, MMR 2015, 699; *Specht*, Plattformnutzungsverträge, Rn. 6.

¹¹⁴ Vgl. die AGB von Facebook: <https://www.facebook.com/terms>;
YouTube: <https://www.youtube.com/t/terms>;
Twitter: <https://twitter.com/de/tos> (Stand 2022).

¹¹⁵ <https://www.facebook.com/terms>, Ziffer 4.) 4. „Streitfälle“.

¹¹⁶ <https://twitter.com/de/tos>, Ziffer 6. „Allgemeine Bestimmungen“.

Plattformnutzungsvertrages innerhalb des deutschen Rechts umstritten ist,¹¹⁷ lässt sich das Vertragsverhältnis ohne Schwierigkeiten als „Dienstleistungsvertrag“ i.S.v. Art. 4 Abs. 1 lit. b) Rom I-VO einordnen, da der kollisionsrechtliche Dienstleistungsbegriff weit zu verstehen ist und auch die Bereitstellung und Pflege der digitalen Infrastruktur der Plattform umfasst.¹¹⁸ Anwendbar wäre demnach das Heimatrecht des Diensteanbieters, also irisches Recht. Auch wenn man der Einordnung als „Dienstleistungsvertrag“ nicht folgen wollte, führt die Anwendung von Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO ebenfalls zur Anwendbarkeit des irischen Rechts, da die charakteristische Leistung des Plattformnutzungsvertrages eben in der Bereitstellung der digitalen Plattform besteht, die vom Anbieter mit Sitz in Irland erbracht wird.¹¹⁹ Auch aus den Gesamtumständen des Vertragsverhältnisses (Art. 4 Abs. 3 Rom I-VO) lässt sich keine offensichtlich engere Verbindung zum Heimatstaat des Nutzers ableiten, da keine gewichtigen Indizien erkennbar sind, die den Nutzer in den Mittelpunkt des Vertrages stellen.¹²⁰

Ein Ausweichen auf das Heimatrecht des Nutzers nach Art. 4 Abs. 4 Rom I-VO wäre nur dann möglich, wenn man die Bereitstellung der Plattform nicht als alleinige charakteristische Leistung des Vertrages ansehen wollte und deshalb Aspekten wie der Vertragssprache, dem Ort des Vertragsschlusses oder der TL-Domain der Plattform mehr Bedeutung beimisst.¹²¹ Das erscheint jedoch insgesamt wenig überzeugend.

Eine Anwendbarkeit des deutschen Rechts lässt sich somit abseits der vertraglichen Rechtswahl ohne größere Schwierigkeiten nur über die Sondervorschrift für Verbraucherverträge gem. Art. 6 Rom I-VO begründen, da die Plattformanbieter ihr Angebot gezielt auf deutsche Nutzer ausrichten.¹²² Eine problemlose Anwendbarkeit des deutschen Zivilrechts würde sich folglich nur für Nutzer ergeben, die Meinungsäußerungen im Rahmen ihrer privaten Nutzung einer Plattform tätigen, nicht jedoch für professionelle journalistische Anbieter.

b) Anspruchsgrundlage

aa) Allgemeine Herleitung aus Vertragsverhältnis

Als Rechtsgrundlage für Ansprüche auf Wiederherstellung gelöschter Inhalte oder gesperrter Nutzerkonten wird in der Regel der vertragliche Erfüllungsanspruch des Nutzers,¹²³ teilweise i.V.m.

¹¹⁷ Vgl. zum vertretenen Meinungsspektrum *Specht*, Plattformnutzungsverträge, Rn. 17 ff.

¹¹⁸ *Gläser*, MMR 2015, 699, 700 f.

¹¹⁹ *Gläser*, a.a.O., 700.

¹²⁰ *Gläser*, a.a.O., 701.

¹²¹ *Gläser*, a.a.O., 701 f.

¹²² So auch die Rspr., BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 26; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 12; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 64.

¹²³ *Holznapel*, CR 2018, 369, 371, 377; *Magnus*, MMR 2019, 541, 543; *König*, AcP 219, 611, 643; *Raue*, NJW 2022, 209, 214; *Spindler*, CR 2019, 238, 239.

§ 241 Abs. 2 BGB,¹²⁴ oder der Schadensersatz wegen vertraglicher Pflichtverletzung gem. §§ 280 Abs. 1, 249 Abs. 1 BGB¹²⁵ herangezogen.

Unabhängig davon, auf welche Norm der Anspruch im Einzelfall gestützt wird, findet er seine Grundlage stets in dem schuldrechtlichen Vertrag zwischen Anbieter und Nutzer der Plattform, welcher mit der Registrierung zustande kommt.¹²⁶ Auch wenn die genaue vertragstypologische Einordnung des Nutzungsvertrages umstritten ist,¹²⁷ besteht Einigkeit darüber, dass der Vertrag als Dauerschuldverhältnis zu charakterisieren ist und den Anbieter dazu verpflichtet, dem Nutzer den Zugang zu seiner Plattform zu ermöglichen und ihre jeweilige technische Infrastruktur zur Verfügung zu stellen.¹²⁸ Die wesentliche Hauptleistungspflicht des Anbieters besteht also darin, die Veröffentlichung von (plattformspezifischen) digitalen Inhalten auf seiner Plattform durch den Nutzer zu ermöglichen bzw. zu dulden.¹²⁹ Auch die Wiederherstellung eines gelöschten Inhalts stellt sich somit als (Nach-)Erfüllung der vertraglichen Leistungspflicht dar. Ein Rückgriff auf § 241 Abs. 2 BGB ist nicht notwendig, da sich die Wiederherstellungspflicht unmittelbar aus der vertraglichen Vereinbarung ergibt und nicht erst mithilfe sonstiger Rechte des Nutzers konstruiert werden muss.¹³⁰ Auch ein Heranziehen des verschuldensabhängigen § 280 Abs. 1 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB ist nicht zwingend erforderlich, führt jedoch im Ergebnis zur selben Rechtsfolge (Wiederherstellung als Naturalrestitution¹³¹).

Verfehlt ist jedoch der Rückgriff auf § 1004 Abs. 1 BGB¹³², da dieser allenfalls zum Schutz absoluter und deliktisch geschützter Rechte gegenüber der Allgemeinheit dient.¹³³ Der Nutzer macht aber gerade nur ein relatives, obligatorisches Recht gegen den Anbieter geltend. Auch das objektive Grundrecht der Meinungsfreiheit findet in diesem Verhältnis nur aufgrund der besonderen, schuldrechtlichen Verbindung zwischen den Vertragsparteien Berücksichtigung.¹³⁴

¹²⁴ So mehrheitlich die Rspr., OLG München v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, Rn. 13; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 13; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 66.

¹²⁵ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 27; *Specht*, Plattformnutzungsverträge, Rn. 74; *Müller-Riemenschneider/Specht*, MMR 2018, 545.

¹²⁶ S.o. Fn. 113.

¹²⁷ Für unentgeltliche Geschäftsbesorgung: *Redeker*, Internet-Vertragsrecht, Rn. 422 ff.; (entgeltlicher) Werkvertrag mit Dauerschuldcharakter: *Bräutigam/von Sonnleitner*, Social Media Vertrag, 2015, Rn. 28; *Redeker*, Internet-Vertragsrecht, Rn. 421; typengemischter Vertrag: *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 636; *Spindler*, CR 2019, 238, 239; Vertrag sui generis: OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 64; *Specht*, Plattformnutzungsverträge, Rn. 23.

¹²⁸ *Bräutigam/von Sonnleitner*, Social Media Vertrag, 2015, Rn. 9; *Holznapel*, CR 2018, 369, 371; *Redeker*, Internet-Vertragsrecht, Rn. 415 ff.; *Specht*, Plattformnutzungsverträge, Rn. 17.

¹²⁹ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 28; *Holznapel*, CR 2018, 369, 371; *Raue*, JZ 2018, 961, 970; *Spindler*, CR 2019, 238, 239; a.A. *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3419, der von einer aktiven Verbreitung der Inhalte ausgeht und hierfür keine rechtliche Grundlage sieht.

¹³⁰ *König*, AcP 219, 611, 643.

¹³¹ Nach *Raue*, NJW 2022, 209, 214 liegt die Besonderheit der Naturalrestitution in diesem Fall darin, dass ein Beitrag genau in der Fassung wieder zugänglich gemacht wird, in der er vor der Sperrung bestand (also inkl. etwaiger Likes, Weiterverlinkungen, Kommentare, etc.).

¹³² Etwa bei LG Mosbach v. 01.06.2018 - 1 O 108/18, Rn. 12; LG Offenburg v. 26.09.2018 – 2 O 310/18; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18, Rn. 28; LG Nürnberg-Fürth v. 7.6.2019 – 11 O 3362/19, Rn. 19.

¹³³ *Grüneberg/Herrler*, BGB, § 1004, Rn. 4.

¹³⁴ Ebenso *Beurskens*, NJW 2018, 3418, 3420; *Magnus*, MMR 2019, 541, 543.

bb) Besondere Anspruchsgrundlage bei Verbraucherverträgen, §§ 327 ff. BGB?

Soweit ein Nutzer als Verbraucher (§ 13 BGB) anzusehen ist, gelten für den Plattformnutzungsvertrag seit 01.01.2022 die neu eingefügten §§ 327 – 327s BGB, die der Umsetzung der europäischen „Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen“ (DI-RL, 2019/770/EU) dienen. Mit diesen Normen werden Verträge über digitale Produkte erstmals in das allgemeine Schuldrecht eingeordnet, ohne dass damit eine abschließende Vertragstypisierung für einzelne Arten von digitalen Produkten vorgenommen wird.¹³⁵ Das Angebot eines sozialen Netzwerks oder einer Video-Sharing-Plattform wird allgemein unter den Begriff der „digitalen Dienstleistung“ i.S.v § 327 Abs. 2 S. 2 BGB subsumiert, da der Anbieter Speicherplatz für das Hochladen nutzergenerierter Inhalte zur Verfügung stellt, um die gemeinsame Nutzung dieser Daten und Interaktionen durch mehrere Nutzer zu ermöglichen.¹³⁶ Als Gegenleistung für die Plattformnutzung muss der Nutzer nicht zwingend einen monetären „Preis“ bezahlen; es genügt gem. § 327 Abs. 3 BGB bereits die Bereitstellung von persönlichen Daten, was dem gängigen Geschäftsmodell der meisten sozialen Medienplattformen entspricht.¹³⁷

Löscht der Anbieter einen bestimmten meinungsrelevanten Inhalt von der Plattform oder verhindert er bereits dessen Hochladen durch Filtersysteme, so könnte darin eine (teilweise) Verletzung seiner vertraglichen Pflicht zur Bereitstellung der digitalen Dienstleistung gem. § 327b Abs. 4 BGB zu sehen sein. Dem Nutzer wird nämlich auf diese Weise der Speicherplatz und die digitale Infrastruktur der Plattform für einen einzelnen Inhalt nicht zugänglich gemacht bzw. wieder entzogen. Die Wiederherstellung dieses Inhalts stellt sich dann als Erfüllung der primären Leistungspflicht dar, da das Rechtsgeschäft ein Dauerschuldverhältnis begründet und der Erfüllungsanspruch auch nach unberechtigtem Entzug der Leistung durch den Schuldner die Grundlage für eine Wiedereinräumung der Nutzungsmöglichkeit darstellt.¹³⁸

Alternativ kommt auch die Annahme einer mangelhaften Bereitstellung in Betracht. Das wäre etwa anzunehmen, wenn die Löschung des Inhalts gem. § 327e Abs. 3 Nr. 2 BGB den Erwartungen der Nutzer an die Funktionalität der Plattform widerspricht. Die Bestimmung dessen, was die Nutzer erwarten können, erfolgt dabei nach objektiven Kriterien.¹³⁹ Neben der konkreten Eigenart der Plattform werden die objektiven Erwartungen an die Funktionalität einer Plattform vor

¹³⁵ BT-Drs. 19/27653, S. 24; ErwG 12 DI-RL; vgl. zum Überblick über die neuen Vorschriften *Spindler*, MMR 2021, 451; *Wendehorst*, NJW 2021, 2913.

¹³⁶ *Bittner*, VuR 2022, 9, 10; *Hennemann*, Qualität von Video-Sharing-Plattformen, S. 5; *Wendehorst*, NJW 2021, 2913, 2914; BT-Drs. 19/27653, S. 39; vgl. ErwG 19 DI-RL.

¹³⁷ Zu den Rechtsfolgen der neuen Regelung *Klink-Straub*, NJW 2021, 3217; die Einordnung von persönlichen Daten als Entgelt entspricht auch der h.M. vor Einführung der §§ 327 ff. BGB, vgl. zur Diskussion *Bräutigam*, MMR 2012, 635; *Specht*, JZ 2017, 763.

¹³⁸ Vgl. die Rechtslage im Mietrecht, wo der Vermieter „dem Mieter den Gebrauch der Mietsache während der Mietzeit zu gewähren“ hat, § 535 Abs. 1 S. 1 BGB; für den Rückgriff auf das Mietrecht beim Plattformnutzungsvertrag *Specht*, Plattformnutzungsverträge, Rn. 23; *Spindler*, CR 2019, 238, 239.

¹³⁹ BT-Drs. 19/27653, S. 56; der zugrundeliegende Art. 8 Abs. 1 lit. b) DI-RL bezieht sich auf „vernünftigerweise“ bestehende Erwartungen.

allem durch die geltenden rechtlichen Vorgaben geprägt, die den Rahmen der zulässigen Nutzung bestimmen. Es ist deshalb richtigerweise nicht nach den individuellen, sondern nach den *legitimen* Erwartungen der Nutzer zu fragen.¹⁴⁰ Fraglich ist somit, ob ein Nutzer legitimerweise erwarten darf, dass er grundsätzlich jede Form von rechtmäßiger Meinungsäußerung auf einer Plattform veröffentlichen kann. Das ist nach hier vertretener Ansicht im ersten Schritt zu bejahen, sofern es sich um eine Plattform handelt, welche einen allgemeinen Raum der öffentlichen Kommunikation eröffnet. Nach der jüngsten Rspr. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Plattformnutzungsverhältnis¹⁴¹ sind die Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer vom Anbieter in angemessener Weise zu berücksichtigen. Eine Löschung von grundsätzlich zulässigen Meinungsäußerungen darf daher nicht willkürlich erfolgen und muss auf eine objektiv überprüfbare Grundlage gestützt werden.¹⁴² Soweit der Anbieter also nicht in seinen Nutzungsbedingungen die Meinungsfreiheit der Nutzer wirksam einschränkt, können diese legitimerweise erwarten, dass ihre rechtmäßigen, meinungsrelevanten Inhalte nicht von der Plattform entfernt werden.¹⁴³ Eine unberechtigte Löschung solcher Inhalte („Overblocking“) würde dann einen Produktmangel darstellen.

Erfolgt hingegen eine wirksame Einschränkung von Meinungsäußerungen im Plattformnutzungsvertrag, so ist eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.v. § 327e Abs. 2 S. 1 Nr. 1 lit. a) BGB anzunehmen, welche die subjektiven Anforderungen an das digitale Produkt bestimmt.¹⁴⁴ Da derartige Einschränkungen gerade bei großen, international agierenden Anbietern inzwischen gängige Praxis sind, dürften hierdurch auch die objektiven Erwartungen an solche Plattformen i.S.v. § 327e Abs. 3 BGB geprägt werden.¹⁴⁵ Die Nutzer dürfen jedoch bei der Anmeldung auf einer solchen Plattform legitimerweise erwarten, dass Einschränkungen ihrer Meinungsfreiheit im Einklang mit dem geltenden Recht stehen und ihre berechtigten Interessen hierdurch nicht unangemessen benachteiligt werden. Schlussendlich hinge die Mangelhaftigkeit des digitalen Produkts somit von der wirksamen Einbeziehung¹⁴⁶ etwaiger Löschklauseln in den Vertrag ab.

Würde man stattdessen die Zulässigkeit von rechtmäßigen Meinungsäußerungen als allgemeine, objektive Anforderung an alle Kommunikationsplattformen ansehen, hätte das zur Folge, dass Abweichungen von diesem Standard gem. § 327h BGB nur noch durch ausdrückliche

¹⁴⁰ *Hennemann*, Qualität von Video-Sharing-Plattformen, S. 9; Vgl. *Wendehorst*, NJW 2021, 2913, 2917 („berechtigte“ Erwartungen).

¹⁴¹ S.o. Fn. 106, 107, 108.

¹⁴² BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 81 f.; OLG München v. 17.07.2018 – 18 W 858/18, Rn. 33; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 25; *Holznapel*, CR 2018, 369, 372 f.; *Spindler*, CR 2019, 238, 240.

¹⁴³ Vgl. zum Einsatz von Filtersystemen *Hennemann*, Qualität von Video-Sharing-Plattformen, S. 11; *Kuschel/Rostam*, CR 2020, 393, 398.

¹⁴⁴ *Kuschel/Rostam*, CR 2020, 393, 398.

¹⁴⁵ *Hennemann*, Qualität von Video-Sharing-Plattformen, S. 11.

¹⁴⁶ Hierzu ausführlich im Folgenden Teil II. A. 2. c).

und gesonderte Vereinbarung möglich wären.¹⁴⁷ Eine Vereinbarung von Löschbefugnissen könnte dann nicht mehr in AGB erfolgen, sondern müsste zum Beispiel durch aktives Anklicken eines gesonderten Kästchens mit einem Link zur entsprechenden Löschklausel vor der Registrierung vorgenommen werden.¹⁴⁸

Denkbar wäre schließlich auch, den Entzug der Nutzungsmöglichkeit bezüglich eines einzelnen Inhalts insgesamt als Teilleistung einzuordnen, welche der Gesetzgeber ebenfalls als mangelhafte Leistung behandelt sehen will.¹⁴⁹ Dagegen spricht jedoch, dass der Anbieter beim Plattformnutzungsvertrag eigentlich nicht zu einer Reihe einzelner Bereitstellungen (vgl. § 327b Abs. 5 BGB) verpflichtet ist, sondern zur einmaligen Zurverfügungstellung einer dauerhaften Nutzungsmöglichkeit.

Soweit man von einem Produktmangel im vorgenannten Sinn ausgeht, folgt hieraus ein Anspruch auf Nacherfüllung gem. § 327i BGB, wobei der „Herstellung des vertragsgemäßen Zustands“ die Wiederherstellung des zu Unrecht gelöschten Inhalts entspricht. Im Ergebnis macht es somit keinen Unterschied, ob man die Wiederherstellung als „Bereitstellung“ i.S.v. § 327b BGB oder als Nacherfüllung gem. § 327i BGB einordnet. Stellt der Anbieter den Inhalt trotz Aufforderung hierzu nicht wieder her, so kann der Nutzer in beiden Alternativen Schadensersatz verlangen, entweder gem. § 327c Abs. 2 BGB oder gem. § 327m Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 BGB.

Nach hier vertretener Ansicht liegt es bei einem gezielten Eingriff des Anbieters in die nutzergenerierten Inhalte näher, von einer Verletzung der Bereitstellungspflicht gem. § 327b BGB auszugehen, als von einem Mangel des digitalen Produkts. Die Unterdrückung des Inhalts geht dabei auf eine einzelfallbezogenen Entscheidung des Anbieters zurück und liegt nicht in der Eigenart der digitalen Infrastruktur der Plattform an sich begründet. Der Begriff der „Funktionalität“ (§ 327e Abs. 3 Nr. 2) passt deshalb nicht, da die Löschung nicht auf den technischen Funktionen der Plattform, sondern auf einem bewussten Eingriff des Anbieters in diese Funktionen beruht. Anders liegt es hingegen bei Filtersystemen, die als automatisierter Bestandteil der digitalen Infrastruktur durchaus die „Funktionalität“ der Plattform prägen.¹⁵⁰

Im Ergebnis führt die Anwendung der neuen §§ 327 ff. BGB jedenfalls zu keiner wesentlichen Veränderung bei der rechtlichen Begründung von Wiederherstellungsansprüchen. Rechtsgrundlage eines solchen Anspruchs bleibt das schuldrechtliche Vertragsverhältnis und der daraus folgende (Nach-)Erfüllungsanspruch. Die Verbrauchereigenschaft der Nutzers hat somit keinen entscheidenden Einfluss auf die Voraussetzungen und Rechtsfolgen dieses Anspruchs.

147 Vgl. hierzu *Spindler*, MMR 2021, 451, 456.

148 Vgl. BT-Drs. 19/27653, S. 50; ErWG 49 DI-RL.

149 BT-Drs. 19/27653, S. 62; vgl. Art. 7 lit. a), Art. 8 Abs. 1 lit. b) DI-RL.

150 *Hennemann*, Qualität von Video-Sharing-Plattformen, S. 11; *Kuschel/Rostam*, CR 2020, 393, 398 f.

c) Einschränkung durch Nutzungsbedingungen

Da der Anbieter seine Plattform in der Regel mit konkreten wirtschaftlichen und ideellen Zielen betreibt, wird er regelmäßig nicht sämtliche denkbaren Inhalte auf seiner Plattform dulden wollen. Alle gängigen Plattformen verfügen deshalb über ausführliche Nutzungsbedingungen („Gemeinschaftsstandards“, „Verhaltensrichtlinien“, usw.)¹⁵¹ in denen sich der Anbieter vorbehält, bestimmte Inhalte, die nicht seinen Vorgaben entsprechen, von der Plattform zu entfernen oder weitere Sanktionen für wiederholte Regelverstöße zu ergreifen. Für die gegenständliche Untersuchung sind insbesondere solche Klauseln von Interesse, welche die Löschung und Sperrung bestimmter meinungsrelevanter Inhalte als „Hassrede“ vorsehen¹⁵², da diese regelmäßig im Fokus der ergangenen Urteile zu diesem Sachkomplex standen.

aa) Nutzungsbedingungen als Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die Nutzungsbedingungen, welche der Nutzer bei der Registrierung auf der Plattform akzeptieren muss, lassen sich nach allgemeiner Ansicht unproblematisch als AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB einordnen,¹⁵³ da sie vom Anbieter als Verwender für eine unbegrenzte Vielzahl von Nutzungsverträgen vorformuliert werden und der Nutzer auf ihre Gestaltung keinen Einfluss nehmen kann. Eine Registrierung kann in der Regel nur erfolgen, wenn die Nutzungsbedingungen, die am Ende des Registrierungsprozesses über einen Link abrufbar sind, ausdrücklich akzeptiert und damit gem. § 305 Abs. 2 BGB in den Vertrag einbezogen werden.

Klauseln, die den Anbieter zur Löschung einzelner meinungsrelevanter Inhalte berechtigen, die nicht seinen Nutzungsbedingungen entsprechen, sind auch nicht als überraschend i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB anzusehen, da ein durchschnittlicher Nutzer (spätestens seit der breiten öffentlichen Debatte um „Hassrede“ in den sozialen Medien) damit rechnen muss, dass der Anbieter die Inhalte auf seiner Plattform kuratiert und dabei eigene Regeln aufstellt, die gegebenenfalls auch von verfassungsrechtlichen Standards abweichen.¹⁵⁴

¹⁵¹ Oft sind die Vertragsbedingungen in mehrere Regelwerke aufgeteilt, die durch Verweise miteinander verbunden werden, vgl. die „Nutzungsbedingungen“ von Facebook (<https://www.facebook.com/terms>), die in Ziffer 3.) 2. auf die „Gemeinschaftsstandards“ (<https://www.facebook.com/communitystandards/>) verweisen; zum leichteren Verständnis werden im Folgenden alle diese Regelwerke unter dem Begriff „Nutzungsbedingungen“ zusammengefasst.

¹⁵² Vgl. etwa die Gemeinschaftsstandards von Facebook:

https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech.

¹⁵³ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 32; OLG München v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, Rn. 21; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 17; OLG Karlsruhe v. 28.02.2019 – 6 W 81/18, Rn. 45; *Friehe*, NJW 2020, 1697; *Holznel*, CR 2018, 369, 372; *König*, AcP 219, 611, 618; *Spindler*, CR 2019, 238, 240.

¹⁵⁴ OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 20; *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981, 986; *Spindler*, CR 2019, 238, 241; *König*, AcP 219, 611, 618 f.

bb) Inhaltskontrolle, §§ 307 ff. BGB

Die entscheidende Frage im Rahmen von Wiederherstellungsansprüchen ist somit, ob die Klausel, welche den Anbieter im konkreten Fall dazu berechtigen würde, einen meinungsrelevanten Inhalt von seiner Plattform zu entfernen, gem. §§ 307 ff. BGB wirksam in den Plattformnutzungsvertrag einbezogen werden kann und dem Anbieter damit die Befugnis gibt, die Veröffentlichung bestimmter Meinungsäußerungen auf seiner Plattform auszuschließen.

(1) Eröffnung der Inhaltskontrolle, § 307 Abs. 3 BGB

Die Kontrolle der hier untersuchten Löschklauseln am Maßstab von §§ 307 Abs. 1, 308, 309 BGB ist grundsätzlich gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB eröffnet, da die Befugnis zur Löschung von meinungsrelevanten Inhalten (abseits der Strafbarkeit und Rechtsverletzung¹⁵⁵) nicht in allgemeinen Rechtsvorschriften vorgesehen ist und die gesetzlichen Regeln damit zumindest ergänzt werden.

Im Schrifttum wird teilweise auf die Nähe solcher Löschklauseln zu den sogenannten Leistungsbeschreibungsklauseln hingewiesen, welche einer Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 S. 1 BGB weitgehend entzogen sein sollen.¹⁵⁶ Als Leistungsbeschreibungen werden solche Klauseln angesehen, welche überhaupt erst den Umfang der von den Parteien geschuldeten Vertragsleistungen festlegen.¹⁵⁷ Für eine Vergleichbarkeit spricht, dass der Plattformanbieter durch die Gestaltung seiner Nutzungsbedingungen unter Ausschluss bestimmter Inhalte oder Verhaltensweisen seiner Plattform einen ganz bestimmten Charakter verleihen will, was auch zur Abgrenzung gegenüber anderen Anbietern und Schärfung des eigenen Leistungsprofils auf dem Markt dient.¹⁵⁸

Nach der Rspr. des BGH ist die Annahme solcher Leistungsbeschreibungen jedoch nur in sehr engen Grenzen möglich. Sie sollen nur dann vorliegen, wenn „ohne deren Vorliegen mangels Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des wesentlichen Vertragsinhalts ein wirksamer Vertrag nicht mehr angenommen werden kann.“¹⁵⁹ Da die gängigen Löschklauseln jedoch nur Sanktionsmöglichkeiten für besondere Einzelfälle vorsehen und der Inhalt des Nutzungsvertrags auch ohne sie hinreichend bestimmt wäre, ist es im Ergebnis überzeugender, sie nicht als Leistungsbeschreibungen einzuordnen und einer umfassenden Inhaltskontrolle zu unterziehen.¹⁶⁰ Die Gegenansicht würde dazu führen, dass die Nutzer gegen den Anbieter einen einklagbaren

¹⁵⁵ Vgl. *König*, AcP 219, 611, 622 ff.

¹⁵⁶ *Spindler*, CR 2019, 238, 240; *König*, AcP 219, 611, 620.

¹⁵⁷ *MüKoBGB/Wurmnest*, § 307, Rn. 13.

¹⁵⁸ *Spindler*, CR 2019, 238, 240.

¹⁵⁹ BGH NJW 2018, 3178, Rn. 29; NJW 2018, 534 Rn. 15 f.

¹⁶⁰ Ebenso BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 52; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 17; LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 100; *Holznapel*, CR 2018, 369, 372; *König*, AcP 219, 611, 627.

Hauptleistungsanspruch auf Gewährleistung einer bestimmten Kommunikationskultur auf der Plattform hätten und der Anbieter deshalb zu einer umfassenden Filterung von Inhalten gezwungen wäre.¹⁶¹ Damit würde der Anbieter jedoch auch eine aktive Rolle bei der Verbreitung von Inhalten über seine Plattform einnehmen, was nach der st. Rspr. des EuGH¹⁶² zu einem Verlust der Haftungsprivilegierung aus Art. 14 ECRL führen soll.¹⁶³ Das dürfte jedoch regelmäßig nicht im Interesse der Anbieter liegen.

(2) Unangemessene Benachteiligung, § 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB

Da der Katalog der unzulässigen Klauseln in §§ 308, 309 BGB kein Verbot enthält, das den hier untersuchten Löschklauseln entspricht,¹⁶⁴ ist zu prüfen, ob derartige Klauseln eine unangemessene Benachteiligung des Nutzers i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB darstellen.

(a) Regelbeispiele, § 307 Abs. 2 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung könnte sich gem. § 307 Abs. 2 BGB vorrangig aus einer Unvereinbarkeit mit dem gesetzlichen Leitbild oder Gefährdung des Vertragszwecks ergeben.

Die Bestimmung eines gesetzlichen Leitbilds für die berechtigte Löschung von meinungsrelevanten Inhalten, die keine Rechtsverletzung enthalten, bereitet jedoch erhebliche Schwierigkeiten.¹⁶⁵ Bereits die Frage, welchem Vertragstyp des BGB der Plattformnutzungsvertrag am nächsten kommt, ist strittig.¹⁶⁶ Die Löschbefugnis lässt sich auch nicht ohne Weiteres mit den allgemeinen zivilrechtlichen Leistungsverweigerungsrechten wie zum Beispiel § 273 Abs. 1 BGB vergleichen,¹⁶⁷ da die Löschung nicht zur Erzwingung einer Leistung durch den Nutzer, sondern zur aktiven Beseitigung unerwünschter Inhalte dient.¹⁶⁸ Es ist somit derzeit kein hinreichend klares, gesetzliches Leitbild erkennbar, an dem sich eine unangemessene Benachteiligung des Nutzers messen ließe.¹⁶⁹

Auch der Vertragszweck ist durch die Löschklausel nicht gefährdet, da ein durchschnittlicher Nutzer die Plattform nicht ausschließlich zur Verbreitung von Äußerungen, die gegen die Nutzungsbedingungen verstoßen, nutzen wollen wird.¹⁷⁰ Die Löschklausel verhindert deshalb nicht,

¹⁶¹ *Hennemann/Heldt*, ZUM, 2021, 981, 986.

¹⁶² EuGH v. 23.03.2010 – C-236/08 bis C-238/08, Rn. 113; v. 12.07.2011 – C-324/09, Rn. 116; v. 15.09.2016 – C-484/14, Rn. 61.

¹⁶³ Vgl. zur entsprechenden Vorschrift im DSA Teil I. B. III. 2. b) aa).

¹⁶⁴ *König*, AcP 219, 611, 626.

¹⁶⁵ Vgl. *Holznagel*, CR 2018, 369, 373; *Spindler*, CR 2019, 238, 242; *König*, AcP 219, 611, 627.

¹⁶⁶ S.o. Fn. 127.

¹⁶⁷ So aber *Holznagel*, CR 2018, 369, 373.

¹⁶⁸ *König*, AcP 219, 611, 627; dieses Problem erkennt auch *Holznagel*, CR 2018, 369, 373.

¹⁶⁹ Ebenso *Hennemann/Heldt*, ZUM, 2021, 981, 987; vgl. jedoch *Mendelsohn*, MMR 2021, 857, 860, zum europäischen DSA als mögliches Leitbild des Plattformnutzungsvertrages

¹⁷⁰ *König*, AcP 219, 611, 627.

dass die Plattform im Übrigen vereinbarungsgemäß genutzt wird, zumal ein Nutzer gegebenenfalls auch eine andere Formulierung für seine Meinungsäußerung wählen kann, die nicht die Nutzungsbedingungen verletzt.

(b) Transparenzgebot, § 307 Abs. 1 S. 2 BGB

Eine unangemessene Benachteiligung könnte sich gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB auch daraus ergeben, dass die Klausel nicht hinreichend bestimmt bzw. unklar oder unverständlich formuliert ist. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH sind Voraussetzungen und Rechtsfolgen einer Klausel möglichst eindeutig und nachvollziehbar darzustellen, sodass dem Verwender keine ungerechtfertigten Beurteilungsspielräume entstehen.¹⁷¹ Eine Klausel ist deshalb intransparent, wenn dem Verwender ein mehr oder weniger schrankenloses Ermessen gewährt und der Nutzer dadurch in einen Zustand der Unsicherheit versetzt wird.¹⁷²

Teilweise wurde die Definition von verbotener „Hassrede“ in den Nutzungsbedingungen von Facebook („direkter Angriff auf Personen“ aufgrund bestimmter persönlicher Eigenschaften wie ethnischer Zugehörigkeit, Geschlecht¹⁷³) als intransparent angesehen, weil für den durchschnittlichen Nutzer nicht hinreichend erkennbar sei, welche an sich zulässigen Meinungsäußerungen durch die Klausel pönalisiert werden sollen.¹⁷⁴ Die Rspr. verneint jedoch mehrheitlich die Intransparenz im Fall von Facebook und verweist auf die ausführlichen Erläuterungen und Beispiele zu den verschiedenen Stufen von „Hassrede“ im Sinne des Anbieters, welche in den Nutzungsbedingungen enthalten sind.¹⁷⁵

Der letztgenannten Ansicht ist jedenfalls insoweit zuzustimmen, als durch einen systematischen Katalog an Beispielen für unerwünschte Inhalte das Ermessen des Anbieters begrenzt wird und nachvollziehbare Grenzen für die Zulässigkeit bestimmter Äußerungen geschaffen werden. Das LG Köln bemerkt jedoch zutreffend, dass auch der ausführliche Katalog von Facebook in sich nicht vollkommen schlüssig bzw. nicht ohne Weiteres nachvollziehbar ist.¹⁷⁶ Die Vielzahl an (teils wiederum auslegungsbedürftigen) Beispielen vereinfacht die Bestimmung der Schwelle des Zulässigen nicht unbedingt, sondern kann auch zur weiteren Verwirrung beitragen. Letztlich ist der Anbieter jedoch wegen der unbegrenzten Vielfalt möglicher Lebenssachverhalte gezwungen,

¹⁷¹ BGH NJW-RR 2005, 1496, 1498.

¹⁷² BGH ZMR 2005, 844; MüKoBGB/Wurmnest, § 307, Rn. 61.

¹⁷³ https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech (Stand 2022).

¹⁷⁴ LG Mosbach v. 01.06.2018 - 1 O 108/18, Rn. 21; offen gelassen bei LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 103 ff., wobei hier ausführlich für Intransparenz argumentiert wird.

¹⁷⁵ OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 19; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 72; OLG Karlsruhe v. 28.02.2019 – 6 W 81/18, Rn. 59; LG Heidelberg v. 28.08.2018 – 1 O 71/18, Rn. 31.; ebenso *Spindler*, CR 2019, 238, 241 f.; tendenziell auch *Friehe*, NJW 2020, 1697; offengelassen bei BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20. Rn. 97.

¹⁷⁶ LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 104 ff.

gewisse Generalisierungen und abstrakte Formulierungen einzuführen, weshalb ihm ein gewisser Spielraum bei der Gestaltung seiner Nutzungsbedingungen zugestanden werden muss.¹⁷⁷

Die Grenze der Intransparenz ist jedenfalls dort erreicht, wo ein Begriff wie „Hassrede“ ohne nähere Erläuterungen oder Beispiele bzw. nur unter Zuhilfenahme weiterer auslegungsbedürftiger Formulierungen gebraucht wird. Der deutsche Ausdruck „Hassrede“ ist vom englischen „hate speech“ entlehnt, das dem US-amerikanischen „free speech“-Diskurs entstammt, und stellt somit keinen feststehenden Begriff des deutschen Rechts dar.¹⁷⁸ Im deutschen Sprachraum wird der Ausdruck erst seit knapp 10 Jahren allgemein häufiger genutzt.¹⁷⁹ Der Begriff erweckt den Eindruck, als ob die jeweilige Äußerung aggressiver Ausdruck eines subjektiv-emotionalen Empfindens von Hass sein müsste.¹⁸⁰ Tatsächlich bezieht sich der Vorwurf der „Hassrede“ jedoch oft auf abwertende Äußerungen aufgrund persönlicher Merkmale wie ethnischer Zugehörigkeit, Geschlecht, Alter, usw., auch wenn diese ohne aggressive oder emotionale Konnotation formuliert werden (zum Beispiel „Männer sind Frauen überlegen“ oder „Ich mag [Gruppe] nicht“¹⁸¹). Die Liste der persönlichen Eigenschaften, die eine abwertende Äußerung zur „Hassrede“ qualifizieren soll, ist dabei nirgends abschließend definiert und deshalb im Grunde beliebig veränderbar. Das LG Köln liefert ein anschauliches, wenn auch anekdotenhaftes Beispiel dafür, wie weit die Vorstellungen über die Definition von „Hassrede“ auseinandergehen.¹⁸² Für einen durchschnittlichen Nutzer ist der Begriff daher nicht ohne Weiteres aus sich selbst heraus verständlich und gibt keine hinreichende Auskunft darüber, welche Meinungsäußerungen noch zulässig sein sollen und welche nicht.

Im Ergebnis können Klauseln, die das Veröffentlichen von „Hassrede“ verbieten, bereits gegen das Transparenzgebot gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB verstoßen, wenn sie nicht anhand von konkreten, verständlichen Beispielen darlegen, wo die Grenzen zwischen zulässigen Meinungsäußerungen und unzulässiger „Hassrede“ zu ziehen sind. Die Subsumtion unter den Begriff darf dabei nicht im alleinigen Ermessen des Anbieters liegen, sondern muss auch für einen durchschnittlichen Nutzer ohne erhebliche Schwierigkeiten nachvollziehbar sein.

¹⁷⁷ Vgl. *Friehe*, NJW 2020, 1697.

¹⁷⁸ Maunz/Dürig/Grabenwarter, GG, Art. 5, Rn. 68; *Gerdemann*, ZUM 2022, 364, 368 f.;

¹⁷⁹ Die Verlaufskurve des digitalen Wörterbuchs der deutschen Sprache (DWDS) zeigt den verstärkten Gebrauch des Begriffs erst seit dem Jahr 2012: <https://www.dwds.de/r/plot?view=1&corpus=zeitungen&norm=date%2Bclass&smooth=spline&genres=0&grand=1&slice=1&prune=0&window=3&wbase=0&logavg=0&logscale=0&xrange=1946%3A2019&q1=Hassrede> (abgerufen am 31.07.2022).

¹⁸⁰ Vgl. LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 104: „...dass über eine negative Wertung hinaus eine feindselig-aggressive Haltung besteht, bei der das Gefühlsmoment etwaige Verstandesgründe in den Hintergrund treten lässt.“

¹⁸¹ In den Nutzungsbedingungen von Facebook ausdrücklich als Beispiel für „Hassrede“ (Schweregrad 2) aufgeführt, https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech (abgerufen am 31.07.2022).

¹⁸² LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 104 a.E.: „Auf die Frage des Vorsitzenden, ob die Verfügungsbeklagte die öffentliche Bezeichnung von Pharisäern als "Otterngezücht" durch Jesus mit Blick auf deren Selbstgerechtigkeit und mangelnde Bußbereitschaft (Matthäus-Evangelium, 23, 33) als "Hassrede" ansehe, wurde dies prompt bejaht. Dass Jesus jedoch nicht als „Hassprediger“ anzusehen ist, muss die Kammer hoffentlich niemandem erklären.“

(c) Generalklausel, § 307 Abs. 1 S. 1 BGB

Wenn eine Löschklausel nicht am Transparenzgebot scheitert, bleibt als Maßstab für eine unangemessene Benachteiligung des Nutzers nur die allgemeine Abwägung der beiderseitigen Interessen vor dem Hintergrund des Gebots von Treu und Glauben gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁸³ Diese Generalklausel bildet das Einfallstor für die Einbeziehung der Grundrechte, die nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG zwar nicht unmittelbar zwischen Privatpersonen gelten, aber mittelbare (Dritt-)Wirkung entfalten, da sie von den Zivilgerichten bei der Auslegung von Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen als verfassungsrechtliche Wertentscheidungen und „Richtlinien“ zu berücksichtigen sind.¹⁸⁴

(aa) Maß der Grundrechtsbindung des Plattformanbieters

Das BVerfG hat in seiner jüngeren Rspr. angedeutet, dass auch eine staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Unternehmen in Betracht kommen kann, wenn sie Räume der öffentlichen Kommunikation eröffnen, deren Nutzung für den Einzelnen in besonderem Maße über die Teilnahme am öffentlichem Leben entscheidet.¹⁸⁵ Zuletzt hatte es diese grundsätzliche Ausrichtung auch im Zusammenhang mit der Löschung eines politischen Beitrages auf Facebook bestätigt, wobei jedoch das konkrete Maß der Grundrechtsbindung des Plattformanbieters offen gelassen wurde.¹⁸⁶ Das Gericht nennt dabei ausdrücklich die Ausrichtung der jeweiligen Plattform, die Abhängigkeit des Nutzers vom Grad ihrer marktbeherrschenden Stellung und den Grad der Angewiesenheit auf eben jene Plattform als relevante Abwägungskriterien.¹⁸⁷ Es bleibt somit zu entscheiden, ob im Falle der gängigen sozialen Netzwerke ein derartiges Maß an Abhängigkeit vorliegt, das den Anbieter im selben Umfang wie den Staat zur Gewährleistung der Meinungsfreiheit verpflichtet.

Teilweise wurde angenommen, dass Intermediäre wie Facebook oder YouTube allein aufgrund ihrer marktbeherrschenden Stellung nicht durch ihre Nutzungsbedingungen die Veröffentlichung von Meinungen ausschließen dürfen, die den Schutz von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG genießen.¹⁸⁸ Dieser Schutzbereich umfasst grundsätzlich auch drastisch formulierte Meinungsäußerungen und

¹⁸³ Vgl. MüKoBGB/Wurmnest, § 307, Rn. 33 ff.

¹⁸⁴ BVerfGE 7, 198, Rn. 28 ff. - „Lüth“; BVerfGE 148, 267, Rn. 32 - „Stadionverbot“.

¹⁸⁵ BVerfGE 128, 226, Rn. 59 - „Fraport“; BVerfG v. 18.07.2015 – 1 BvQ 25/15, Rn. 6 - „Bierdosen-Flashmob“; BVerfGE 148, 267, Rn. 41 - „Stadionverbot“.

¹⁸⁶ BVerfG v. 22.05.2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 15 - „Der III. Weg“.

¹⁸⁷ BVerfG a.a.O.

¹⁸⁸ OLG München v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, Rn. 28; KG Berlin v. 22.03.2019 – 10 W 172/18, Rn. 17; LG Frankfurt v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 16; LG Karlsruhe v. 12.06.2018 - 11 O 54/18, Rn. 12; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18, Rn. 86; *Knebel*, MMR 2019, 56, 60; *Müller-Riemenschneider/Specht*, MMR 2018, 545 (die sogar Sittenwidrigkeit § 138 BGB annehmen).

polemische Kritik bis zur Grenze der Formalbeleidigung oder Schmähkritik.¹⁸⁹ Da vom Verbot der „Hassrede“ regelmäßig auch polemische Meinungsäußerungen unterhalb dieser Schwelle erfasst werden, wären demnach entsprechende Löschklauseln stets als unzulässig zu verwerfen.

Die Gegenansicht betont, dass auch im Verhältnis zwischen Anbieter und Nutzer einer marktmächtigen Plattform ein angemessener Ausgleich der betroffenen Grundrechtspositionen („praktische Konkordanz“) zu finden sei und deshalb bei der Beurteilung von Löschklauseln auch die legitimen Eigeninteressen des Anbieters Berücksichtigung finden müssen.¹⁹⁰

Die letztgenannte Ansicht überzeugt, insoweit sie das Maß der Grundrechtsbindung von Intermediären von einer umfassenden Interessenabwägung abhängig macht. Auch das BVerfG stellt in seiner „Fraport“-Entscheidung zutreffend fest, dass das Wesen der mittelbaren Drittwirkung im „Ausgleich bürgerlicher Freiheitssphären“ liege und daher „von vornherein relativ“ sei.¹⁹¹ Die Möglichkeit der staatsgleichen Bindung wird durch den Zusatz „je nach Gewährleistungsinhalt und Fallgestaltung“ entsprechend relativiert.¹⁹² Auch in der Entscheidung „Der III. Weg“ klingt an, dass der Anbieter unter Umständen aufgrund eigener Interessen eine Löschung unterhalb der Strafbarkeitsschwelle durchzusetzen vermag.¹⁹³ Die marktbeherrschende Stellung schließt also nicht von vornherein die Berücksichtigung der Grundrechte des Anbieters aus. Das Ergebnis der vorzunehmenden Interessenabwägung ist damit aber noch nicht vorweggenommen.

(bb) Interessenabwägung

Da die vorzunehmende Interessenabwägung stark vom Charakter der jeweiligen Plattform und der Ausgestaltung der jeweiligen Löschklausel abhängt, können an dieser Stelle nur allgemeine Leitlinien und Tendenzen für die Abwägungsentscheidung aufgezeigt werden.

Die Löschklausel beeinträchtigt den Nutzer in seiner persönlichen Meinungsfreiheit, soweit sie auch Meinungsäußerungen unterhalb der Schwelle der Schmähkritik ausschließt. Betroffen ist außerdem die Informationsfreiheit der anderen Nutzer, da bestimmte Meinungen über die Plattform nicht zugänglich sein sollen, sowie das Gleichheitsgebot gem. Art. 3 Abs. 1 GG.¹⁹⁴ Der Nutzer erfährt einen erheblichen Eingriff in seine Meinungs- und Informationsfreiheit, da die gängigen Löschklauseln nicht nur bestimmte Formen der Meinungsäußerung (zum Beispiel polemische,

¹⁸⁹ BVerfGE 93, 266, Rn. 122; vgl. zur Einordnung von „Hassrede“ in den Schutzbereich von Art. 5 GG Maunz/Dürig/Grabenwarter, GG, Art. 5, Rn. 68.

¹⁹⁰ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 59; OLG München, v. 07.01.2020 – 18 U 1491/19, Rn. 109; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 24; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 73; OLG Karlsruhe v. 28.02.2019 – 6 W 81/18, Rn. 55; LG Heidelberg v. 28.08.2018 – 1 O 71/18, Rn. 38; LG Bremen v. 20.06.2019 – 7 O 1618/18, Rn. 59; *Holznapel*, CR 2019, 518, 520; *Hennemann/Heldt*, ZUM, 2021, 981, 987; *König*, AcP 219, 611, 631; *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 282; *Spindler*, CR 2019, 238, 243.

¹⁹¹ BVerfGE 128, 226, Rn. 59; vgl. *Spindler*, CR 2019, 238, 243.

¹⁹² BVerfGE 128, 226, Rn. 59.

¹⁹³ BVerfG v. 22.05.2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 21; *Holznapel*, CR 2019, 518, 520.

¹⁹⁴ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 61 ff.

beleidigende Formulierungen) ausschließen,¹⁹⁵ sondern eindeutig inhaltsbezogen sind. So sollen durch die Verbote von „Hassrede“ insbesondere gruppenbezogene, abwertende Urteile pönalisiert werden,¹⁹⁶ wodurch ein spezifisches Meinungsspektrum gegenüber anderen strukturell benachteiligt wird.

Auf Seiten des Anbieters sind dessen Berufsfreiheit gem. Art. 12 GG sowie seine eigene Meinungsfreiheit zu berücksichtigen.¹⁹⁷ Hiervon umfasst ist insbesondere die unternehmerische Freiheit des Anbieters, seiner Plattform ein bestimmtes charakteristisches Profil seiner Wahl zu verleihen und sich dabei auch mit bestimmten politischen oder weltanschaulichen Positionen zu identifizieren. Außerdem hat er ein Interesse daran, Inhalte von seiner Plattform auszuschließen, die sein Geschäftsmodell gefährden oder den ungestörten Betriebsablauf beeinträchtigen.¹⁹⁸ Auch die Rechte von Drittnutzern werden regelmäßig zugunsten des Anbieters in die Abwägung eingestellt.¹⁹⁹

Bei der Gewichtung und Abwägung der betroffenen Rechtspositionen ist zunächst die herausragende Bedeutung der individuellen Meinungsfreiheit für die demokratische Staatsordnung hervorzuheben.²⁰⁰ Besonderes Augenmerk ist sodann auf den Grad der marktbeherrschenden Stellung der jeweiligen Plattform und die daraus resultierende Abhängigkeit des Nutzers von dieser Plattform zu legen.²⁰¹ Ein wichtiger Indikator für eine annähernd staatsgleiche Machtposition der Plattform sind ihre hohen Nutzerzahlen, die den Kreis der potentiellen Rezipienten und damit das Maß ihrer Meinungsbildungsrelevanz bestimmen.²⁰² Die bisherige Forschung hat gezeigt, dass die sozialen Medien weiterhin in ein Netzwerk aus verschiedenen Informationsquellen eingebunden sind und unter anderem mit den klassischen Offline-Medien konkurrieren.²⁰³ Der entscheidende Beitrag der sozialen Medien zur Meinungsbildung liegt dabei in ihrem erheblichen Einfluss auf das wahrgenommene Meinungsklima.²⁰⁴ Der Ausschluss eines Nutzers oder eines Inhalts von einer solchen Plattform bedeutet für den Betroffenen folglich eine ganz erhebliche Einschränkung seiner realen Möglichkeiten, sich am Prozess der öffentlichen Meinungsbildung zu beteiligen.²⁰⁵ Das gilt umso mehr, umso weniger alternative Kanäle dem Betroffenen zur Verbreitung seiner Meinung zur Verfügung stehen. Die sozialen Medien sind dabei aufgrund der gewaltigen Menge an leicht

¹⁹⁵ In diese Richtung jedoch *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 280.

¹⁹⁶ Vgl. beispielhaft die Löschraxis von Facebook im Fall der Petition *Gemeinsame Erklärung 2018*, LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18.

¹⁹⁷ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 69 ff.; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 73; *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234, 237; *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 281.

¹⁹⁸ Vgl. LG Heidelberg v. 28.08.2018 – 1 O 71/18, Rn. 38.

¹⁹⁹ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 75; *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 282 f.

²⁰⁰ BVerfGE 7, 198, Rn. 32 ff.

²⁰¹ Vgl. BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 64 ff.; BVerfG v. 22.05.2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 15 - „Der III. Weg“.

²⁰² OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 24; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18, Rn. 83, m. Anm. *Knebel*, MMR 2019, 56.

²⁰³ *Stark/Magin/Jürgens*, *Ganz meine Meinung?*, 2017, S. 107 ff.

²⁰⁴ *Stark/Magin/Jürgens*, a.a.O., S. 188.

²⁰⁵ *Pille*, *Meinungsmacht*, 2016, S. 311 f.

erreichbaren Nutzern mit praktisch keinem anderen Kommunikationskanal vergleichbar, insbesondere bei der Verbreitung politischer Inhalte²⁰⁶.

Teilweise wird vorgebracht, der Nutzer sei nicht auf eine bestimmte Plattform angewiesen, wenn er seine Meinung weiterhin über andere Plattformen verbreiten könne.²⁰⁷ Dieses Argument überzeugt jedoch nicht, weil die großen sozialen Medienplattformen untereinander nicht ohne Weiteres vergleichbar sind.²⁰⁸ So erlaubt zum Beispiel Twitter, anders als Facebook, nur kurze Textnachrichten („Tweets“), ermöglicht aber als einzige Plattform die aktive Kommunikation mit zahlreichen Personen des öffentlichen Lebens.²⁰⁹ Für die Verbreitung von Videos ist andererseits YouTube unangefochtener Marktführer. Hinzu kommt, dass inzwischen alle großen Plattformen sehr ähnliche Löschklauseln für „Hassrede“ vorsehen. Ein Nutzer, der diese Einschränkung nicht hinnehmen will, wäre also zum Ausweichen auf alternative Plattformen wie zum Beispiel Parler, BitChute oder VKontakte genötigt, die im Hinblick auf Nutzerzahlen und Meinungsbildungsrelevanz nicht annähernd mit Facebook usw. konkurrieren können. Die bekannten Lock-In-Effekte²¹⁰ verstärken diese Abhängigkeit von den großen Plattformen.

Der Anbieter muss sich indes an seine freie Entscheidung, einen Raum der öffentlichen Kommunikation zu eröffnen, festhalten lassen und dabei auch den zulässigen „Kampf der Meinungen“ auf dieser Plattform grundsätzlich tolerieren.²¹¹ Die eigene Meinungsfreiheit des Anbieters wird hierdurch nicht wesentlich beeinträchtigt, da es ihm frei steht, sich inhaltlich von bestimmten Meinungen zu distanzieren und die reine Duldung einer Äußerung im Rahmen des Meinungskampfes nicht der Identifikation mit dieser Meinung gleichkommt.²¹² Es erscheint deshalb auch nicht überzeugend, das Löschen einzelner Inhalte als eigene Meinungsäußerung des Anbieters zu qualifizieren und somit in den Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 GG einzubeziehen.²¹³ Dann müsste man nämlich im Gegenzug auch davon ausgehen, dass sich der Anbieter mit geduldeten Inhalten im Sinne einer Meinungsäußerung identifizieren will, was jedoch unter dem Gesichtspunkt der eigenen Haftungsbegrenzung regelmäßig nicht der Fall sein wird.²¹⁴ Im Übrigen könnte der Anbieter auch stets eigene Meinungskundgaben tätigen, ohne widerstreitende Meinungen zu löschen.

Es ist grundsätzlich denkbar, dass durch eine kontroverse und/oder polemisch formulierte Meinungsäußerung andere Nutzer abgeschreckt werden, was gegebenenfalls auch zu einer

206 Vgl. BVerfG v. 22.05.2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 19.

207 *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 284.

208 *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234, 239; *Magnus*, MMR 2019, 541, 543; vgl. auch BVerfG v. 22.05.2019 – 1 BvQ 42/19, Rn. 19.

209 *Magnus*, MMR 2019, 541, 543

210 Teil I. B. II. 2.; Vgl. auch BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 66 f.

211 BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 81; OLG München, v. 07.01.2020 – 18 U 1491/19, Rn. 118; *Raue*, JZ 2018, 961, 967; Vgl. auch BVerfGE 128, 226, Rn. 59 - „Fraport“; BVerfGE 148, 267, Rn. 41 - „Stadionverbot“.

212 *Raue*, JZ 2018, 961, 968.

213 So aber BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 86.

214 *Hennemann/Heldt*, ZUM, 2021, 981, 988 f.

Störung des Geschäftsbetriebes des Anbieters führen kann, wenn Nutzer aufgrund der feindseligen Gesprächsatmosphäre die Plattform verlassen oder sich Werbetreibende von der Plattform zurückziehen.²¹⁵ Andererseits bedeutet auch die Einschränkung der Meinungsfreiheit einen potentiellen Verlust an Nutzern.²¹⁶ Die Möglichkeit einer wirklich spürbaren Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebes dürfte sich aber regelmäßig erst bei wiederholten, drastisch formulierten oder beleidigenden Äußerungen ergeben.²¹⁷ Im Übrigen besteht auch kein schützenswertes Interesse der anderen Nutzer, in einem öffentlichen Forum von unliebsamen Meinungen anderer „verschont“ zu bleiben.²¹⁸

Insgesamt erscheinen die Interessen des Anbieters also nur dort vorzugswürdig, wo Meinungsäußerungen aufgrund ihrer aggressiven, unsachlichen oder beleidigenden Formulierung zu einer ernstzunehmenden Störung der Kommunikationsabläufe auf der Plattform führen können.

(cc) Zwischenergebnis

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass für den Plattformanbieter jedenfalls eine starke, wenn auch nicht staatsgleiche Grundrechtsbindung besteht. Weitgehende Einigkeit besteht insoweit darüber, dass der Anbieter sich nicht die willkürliche Löschung von Meinungsäußerungen vorbehalten darf, sondern die Voraussetzungen einer Einschränkung objektiv überprüfbar sein müssen.²¹⁹

Nach hier vertretener Ansicht müssen die eigenen Interessen des Anbieters, der ein öffentliches Kommunikationsforum eröffnet, im Übrigen weitestgehend hinter das Gebot der individuellen Meinungsfreiheit zurücktreten. An sich zulässige Meinungsäußerungen sind demnach zu tolerieren, soweit sie nicht aufgrund ihrer anstößigen Formulierung und Wiederholung eine ernstzunehmende Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs des Anbieters erwarten lassen. Löschklauseln sind demnach als unangemessen gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB anzusehen, wenn sie nicht nur die Form einer Meinungsäußerung sanktionieren, sondern auch bestimmte Äußerungen alleine aufgrund ihres meinungsrelevanten Inhalts verbieten.²²⁰ Zweifel bei der Auslegung der jeweiligen Klausel gehen nach § 305 c Abs. 2 BGB zu Lasten des Anbieters. In diesem Lichte erscheint etwa die derzeit verwendete Löschklausel bzgl. „Hassrede“ von Facebook als unangemessen, da sie eine *inhaltliche* Begrenzung vornimmt und bestimmte

²¹⁵ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 73.

²¹⁶ Vgl. *König*, AcP 219, 611, 637.

²¹⁷ Vgl. VG München v. 27.10.2017 – M 26 K 16.5928, Rn. 32; *Raue*, JZ 2018, 961, 963; a.A. wohl *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 282 f.

²¹⁸ BVerfGE 128, 226, Rn. 103 - „Fraport“; *Raue*, NJW 2022, 209, 211.

²¹⁹ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 81 f.; OLG München v. 17.07.2018 – 18 W 858/18, Rn. 33; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 25; *Holznapel*, CR 2018, 369, 372 f.; *Spindler*, CR 2019, 238, 240.

²²⁰ In diese Richtung auch *Holznapel*, CR 2019, 518, 522; *Raue*, NJW 2022, 209, 211; für einen konkreten Formulierungsvorschlag s. Teil IV. C. III. 3.

Meinungsäußerungen allein aufgrund ihres gedanklichen Inhalts ausschließt.²²¹ Gleichzeitig werden nur bestimmte persönliche Merkmale geschützt (zum Beispiel Rasse, Geschlecht, Alter), andere hingegen nicht (zum Beispiel Weltanschauung), ohne dass für eine solche Differenzierung ein hinreichender Sachgrund angeführt wird.²²²

Nach anderer Ansicht überwiegen im Abwägungsprozess die unternehmerischen Eigeninteressen des Anbieters, womit auch die gängigen Löschklauseln von Facebook der Inhaltskontrolle standhalten.²²³

dd) Ausübungskontrolle

Auch wenn eine Löschklausel gem. §§ 305 ff. BGB wirksam in den Nutzungsvertrag einbezogen wurde, sind die Grundrechte des Nutzers bei der konkreten Ausübung der Löschbefugnis durch den Anbieter angemessen zu berücksichtigen. So muss die Auslegung einer konkreten Meinungsäußerungen und ihre Subsumtion unter die Nutzungsbedingungen gem. §§ 133, 157, 241 Abs. 2 BGB wiederum im Lichte der Meinungsfreiheit des Nutzers vorgenommen werden.²²⁴ Diese Generalklauseln, die sich auf die Vertragsauslegung und Rechtsausübung im Einzelnen beziehen, bieten wiederum das Einfallstor für die Berücksichtigung der grundgesetzlichen Wertungen.

Das bedeutet insbesondere, dass der zugrundeliegende Sachverhalt so weit wie möglich aufzuklären ist²²⁵ und der Sinn der jeweiligen Äußerung in ihrem Gesamtzusammenhang aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständlichen Durchschnittsrezipienten zu bestimmen ist.²²⁶ Im Zweifel ist die Äußerung zugunsten ihrer Zulässigkeit auszulegen.²²⁷ Bei der Durchsetzung der Löschung sind weiterhin verfahrensrechtliche Vorgaben zu berücksichtigen: Dem Nutzer ist unverzüglich der genaue Grund der Löschung mitzuteilen und die Möglichkeit einer Gegenvorstellung einzuräumen.²²⁸ Vor schwerwiegenderen Konsequenzen, wie der Konto-Sperrung, besteht grundsätzlich ein Abmahnerfordernis.²²⁹ Von vornherein unzulässig wäre folglich etwa die massenhafte automatisierte Löschung von Inhalten mittels eines Algorithmus oder die

²²¹ Vgl. *Schwartmann*, NJW 2022, 133, 136.

²²² *Schwartmann*, NJW 2022, 133, 136.

²²³ OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 24; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 73; OLG Karlsruhe v. 28.02.2019 – 6 W 81/18, Rn. 55; LG Heidelberg v. 28.08.2018 – 1 O 71/18, Rn. 38; LG Bremen v. 20.06.2019 – 7 O 1618/18, Rn. 59; *Lüdemann*, MMR 2019, 279, 283; *Spindler*, CR 2019, 238, 246.

²²⁴ *Holznagel*, CR 2019, 518, 522; *Spindler*, CR 2019, 238, 246; zweifelnd jedoch *König*, AcP 219, 611, 642.

²²⁵ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 83.

²²⁶ OLG München, v. 07.01.2020 – 18 U 1491/19, Rn. 126; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 69 f.

²²⁷ *Holznagel*, CR 2019, 518, 522.

²²⁸ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 85.

²²⁹ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 87; BVerfGE 148, 267, Rn. 46 f. - „Stadionverbot“; *Holznagel*, CR 2019, 518, 522.

teilweise vermutete, jedoch nicht zweifelsfrei bestätigte Praxis von Anbietern, die Auffindbarkeit bestimmter Inhalte durch verdeckte Maßnahmen einzuschränken („Shadowbanning“²³⁰).

4. Aufsicht

Die Kontrolle und Durchsetzung der oben dargestellten Vorschriften obliegt den Gerichten. Aufgrund der zivilprozessualen Parteiherrschaft gilt jedoch: „Wo kein Kläger, da kein Richter“. Eine Überprüfung von Vertragsklauseln und Löschungen findet also stets nur im Einzelfall statt, wenn ein betroffener Nutzer hiergegen gerichtlich vorgeht. Er wird dabei in der Regel auf das einstweilige Verfügungsverfahren gem. §§ 938 ff. ZPO angewiesen sein, da die Wiederherstellung eines meinungsrelevanten Inhalts nur im engen zeitlichen Kontext Sinn ergibt. Der Nutzer trägt somit das Kosten- und Prozessrisiko für die Durchsetzung seiner Interessen gegenüber dem Plattformanbieter.²³¹ Auch prozessuale Hindernisse, wie zum Beispiel die Zustellung im Ausland²³², gehen zu seinen Lasten. Die richterliche Unabhängigkeit führt außerdem dazu, dass die Entscheidung im Einzelfall unterschiedlich ausfallen kann und der Kläger gegebenenfalls auf den Instanzenzug angewiesen ist. Im Übrigen besteht derzeit in Rspr. und Literatur keine vollständige Einigkeit über die aufgeworfenen Rechtsfragen und die vorzunehmende Interessenabwägung macht eine Prognose über die Erfolgsaussichten einzelner Klagen naturgemäß schwierig.

III. Medienstaatsvertrag

1. Initiative

Das öffentliche Medienrecht unterliegt in Deutschland gem. Art. 30, 70 GG der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Der bundeseinheitliche Rahmen des Rundfunkrechts wurde lange Zeit durch den 1987 in Kraft getretenen Rundfunkstaatsvertrag der Länder (RStV) geregelt, der jedoch die rasante Entwicklung der digitalen Medienlandschaft in der jüngeren Vergangenheit nicht mehr hinreichend abbilden konnte. Der Grundstein für eine Anpassung des Medienrechts an die digitale Realität wurde von der 2014 ins Leben gerufenen „Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz“ gelegt, die bereits eine eigene „Arbeitsgemeinschaft Intermediäre“ beinhaltete und 2016 ihren Abschlussbericht vorlegte.²³³ Auf dieser Grundlage entwickelte die Rundfunkkommission der Länder sodann schrittweise den Entwurf für einen neuen „Medienstaatsvertrag“ (MStV), dessen endgültige Form schließlich am 09.12.2019 von den

²³⁰ Vgl. zur medialen Kontroverse um Vorwürfe von „Shadowbanning“ gegenüber Twitter <https://www.washingtonpost.com/news/the-intersect/wp/2015/10/30/a-guide-to-why-some-activists-believe-their-tweets-are-being-censored-in-the-u-s/> (abgerufen am 31.07.2022).

²³¹ Teil III. A. III. 1. a).

²³² Vgl. OLG Dresden v. 07.04.2020 – 4 U 2805/19, Rn. 5 ff.

²³³ *Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz*, Endbericht, 2016, S. 31 ff.

Ministerpräsidenten der Länder beschlossen und als Artikel 1 in den im April 2020 unterzeichneten „Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland“ aufgenommen wurde.

Die Ausarbeitung des MStV-Entwurfs wurde von einer breiten öffentlichen und wissenschaftlichen Diskussion begleitet. Die Rundfunkkommission legte im Juli 2018 und im Juli 2019 jeweils eine aktuelle Fassung ihres Entwurfs vor und rief Bürger, Medien und Wissenschaft zur Abgabe von Stellungnahmen auf. So entstand eine Reihe von wissenschaftlichen Publikationen, welche sich mit den Vorschlägen der Rundfunkkommission auseinandersetzten und deren Ergebnisse und Anregungen teilweise bei der Finalisierung des MStV mit einfließen.²³⁴ Das neue Regelwerk stellt sich somit als das Ergebnis einer intensiven Zusammenarbeit zwischen Gesetzgeber, Behörden, Wissenschaft und Medien dar.

2. Zielrichtung

Der MStV dient der Anpassung des öffentlichen Rundfunk- und Medienrechts an die im Rahmen der fortschreitenden Digitalisierung stark veränderte Medienlandschaft. Primäres Ziel der neuen Regeln ist dabei die Sicherung und Förderung der Meinungsvielfalt im Rahmen der neuen Medien sowie die zeitgemäße Weiterentwicklung der vom BVerfG geforderten positiven Medienordnung.²³⁵ Der Gesetzgeber reagierte damit insbesondere auf die veränderten Dynamiken der digitalen Netz- und Plattformökonomie und die sich hieraus ergebenden Konzentrations- und Monopolisierungstendenzen bei Anbietern, Verbreitern und Vermittlern von Inhalten.²³⁶ Um dieses Ziel zu erreichen, ordnet der MStV erstmals die digitalen, vermittelnden Telemedien als „Medienplattformen“, „Benutzeroberflächen“ (§§ 78 ff. MStV) und „Medienintermediäre“ (§§ 91 ff. MStV) in die Gesamtstruktur des öffentlichen Medienrechts ein und sieht für diese jeweils spezielle Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt vor. Für den Gegenstand dieser Untersuchung sind dabei insbesondere die Normen von Interesse, die im Interesse der freien und öffentlichen Meinungsbildung das Manipulationspotential der Intermediäre bei der Gestaltung ihrer Selektionsmechanismen begrenzen sollen. Auch die Ausweitung der journalistischen Sorgfaltspflichten auf Anbieter abseits der elektronischen Presse in § 19 Abs. 1 S. 2 MStV ist insofern von Bedeutung, da hierin wohl eine Reaktion auf den Diskurs um Desinformation im Netz zu sehen ist.

²³⁴ Vgl. etwa *Cornils/Liesem*, Stellungnahme zum MStV-E, 2018; *Cornils*, ZUM 2019, 89; *Die Medienanstalten*, Stellungnahme zum MStV-E, 2019; *Dörr*, Massenkommunikation, 2019; *Schulz/Dreyer*, Stellungnahme zum MStV-E, 2019; *Schwartzmann/Hermann/Mühlenbeck*, MMR 2019, 498; zuvor bereits grundlegend *Schulz/Dankert*, Informationsintermediäre, 2016; *Paal*, Intermediäre, 2018; *Müller-Terpitz*, AfP 2017, 380.

²³⁵ Begründung zum MStV, 2020, S. 2 f., abrufbar unter https://www.rlp.de/fileadmin/rlp-stk/pdf-Dateien/Medienpolitik/Medienstaatsvertrag_Begruendung.pdf; vgl. hierzu auch Teil I. B. I.

²³⁶ Vgl. BVerfGE 149, 222, Rn. 79.

3. Die Regulierung der Medienintermediäre im MStV

a) Anwendungsbereich, § 91 MStV

Der MStV unterscheidet in seiner Struktur deutlich die Bereiche des Rundfunks (Abschnitte III. & IV.) und der Telemedien (Abschnitt V.). Maßgebliches Unterscheidungskriterium ist dabei, wie bisher, die Linearität des Rundfunks (§ 2 Abs. 1 MStV). Die Medienintermediäre, die in der Regel keine eigenen Inhalte anhand eines festen Sendeplans verbreiten, sondern fremde Inhalte vermitteln, gehören zu den Telemedien. Für sie gelten neben den allgemeinen Bestimmungen für Telemedien in §§ 17 – 25 MStV die speziellen Vorschriften der §§ 91 – 96 MStV.

Als Medienintermediär i.S.v. § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV gilt „jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen.“ Die Formulierung umfasst sowohl gezielte wie auch algorithmusgesteuerte, automatisierte Auswahlentscheidungen und berücksichtigt insoweit die Anregungen der Wissenschaft.²³⁷ Durch das Merkmal „auch“ soll sichergestellt werden, dass nur solche Intermediäre erfasst werden, denen zumindest potentielle Meinungsbildungsrelevanz zukommt, wobei es schon genügen soll, wenn überhaupt journalistisch-redaktionelle Inhalte neben anderen Inhalten abrufbar sind.²³⁸ Ein besonderes Gewicht müssen diese Inhalte also nicht erreichen. Im Regelfall fallen unter diese Definition, auch nach der Vorstellung des Gesetzgebers, soziale Netzwerke, Suchmaschinen, Blogging-Portale sowie News-Aggregatoren.²³⁹

§ 91 Abs. 2 MStV schränkt den Anwendungsbereich der besonderen Vorschriften weiter dahingehend ein, dass die Intermediäre im Durchschnitt von sechs Monaten in Deutschland mindestens eine Million Nutzer („unique user“) pro Monat erreichen oder in ihrer prognostizierten Entwicklung erreichen müssen.²⁴⁰ Ausgenommen bleiben zudem Intermediäre, die auf Waren oder Dienstleistungen spezialisiert sind oder rein privaten oder familiären Zwecken dienen. Hierdurch soll nochmals eine Eingrenzung auf solche Plattformen erfolgen, die durch ihre Offenheit und Reichweite ein gewisses Potential zur Beeinflussung des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses entfalten.

b) Transparenzgebot, § 93 MStV

§ 93 Abs. 1 MStV verpflichtet die Anbieter von Intermediären im Interesse der Meinungsvielfalt zur Offenlegung der „Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und

²³⁷ Vgl. *Paal*, *Intermediäre*, 2018, S. 20.

²³⁸ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 12; kritisch zur Fokussierung auf journalistisch-redaktionelle Inhalte *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230, 235.

²³⁹ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 13.

²⁴⁰ Kritisch zum quantitativen Ansatz *Schulz/Dreyer*, *Stellungnahme zum MStV-E*, 2019, S. 13.

über den Verbleib entscheiden“ (Nr. 1) sowie der „zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre[r] Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen“ (Nr. 2). Diese Informationen sind vom Intermediär in verständlicher Sprache sowie „leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten“, womit die Vorschrift an die Formulierung der Impressumspflicht gem. § 18 Abs. 1 MStV (entspricht § 55 Abs. 1 RStV) anknüpft. Änderungen der Kriterien sind gemäß § 93 Abs. 3 MStV ebenso kenntlich zu machen. Außerdem statuiert § 93 Abs. 4 MStV eine Kennzeichnungspflicht für automatisch generierte Nutzerinhalte i.S.v. § 18 Abs. 3 MStV, womit insbesondere die Verwendung von „Social Bots“ aufgedeckt werden soll.²⁴¹

Dieses neuartige Transparenzgebot für Medienintermediäre, mit dem der deutsche Gesetzgeber auch im internationalen Vergleich Neuland betreten hat²⁴², bezweckt insbesondere die Stärkung der Eigenverantwortlichkeit und Autonomie der Nutzer, die dadurch in die Lage versetzt werden sollen, selbstverantwortlich die Kriterien zu überprüfen, anhand derer der Anbieter die für sie sichtbaren und auffindbaren Inhalte organisiert, und gegebenenfalls ihr Nutzerverhalten entsprechend anzupassen. Auf diesem Wege soll das Informationsgefälle zwischen Intermediär und Nutzer ausgeglichen werden, womit einer Fragmentierung von Kommunikationsprozessen durch unreflektiertes Nutzerverhalten (Stichwort „Filterblase“²⁴³) vorgebeugt werden kann.²⁴⁴ Darüber hinaus schafft das Transparenzgebot auch die sachliche Grundlage für eine öffentliche Diskussion und Kritik der von den Intermediären angewandten Selektionsmechanismen, deren Details bisher größtenteils verborgen blieben, und trägt damit zur Sensibilisierung der Öffentlichkeit für die sozialen Konsequenzen der technischen Entwicklung bei.²⁴⁵

Die entscheidende Frage im Rahmen des Transparenzgebots ist somit, wie weit die Offenbarungspflichten der Anbieter hinsichtlich der Funktionsweise ihrer Algorithmen tatsächlich reichen sollen, was also unter den „zentralen Kriterien“ gem. § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV zu verstehen ist. Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen darunter nur „Informationen über die grundsätzliche Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen“ fallen, wie zum Beispiel der Rückgriff auf Standort oder Sprache des Nutzers.²⁴⁶ Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse müssen nicht offengelegt werden und auch eine „Veröffentlichung des Algorithmus“ wird nicht gefordert.²⁴⁷ Lediglich die „Grundzüge der technischen Vorgänge“ sollen dem durchschnittlichen Nutzer des Intermediärs auf leicht verständliche Weise erläutert werden.²⁴⁸

241 Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 20, 50.

242 *Liesem*, ZUM 2020, 377.

243 Teil I B. II. 1. a).

244 *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 337 f.

245 *Cornils/Liesem*, Stellungnahme zum MStV-E, 2018, S. 21; *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230, 237.

246 Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 50.

247 Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 50.

248 Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 49.

Es ist also nicht damit zu rechnen, dass die Nutzer und Aufsichtsbehörden durch ein Übermaß an kleinteiligen, technischen Informationen überfordert werden, wie teilweise befürchtet wurde²⁴⁹. Gleichzeitig erscheinen jedoch auch Zweifel berechtigt, ob von einer derart allgemein und einfach gehaltenen Aufklärung über technisch äußerst komplexe und dynamische Vorgänge tatsächlich die gewünschte „disziplinierende und kontrollmaßstabsetzende Wirkung“ ausgehen kann.²⁵⁰ Da die nach § 93 Abs. 1 MStV zu veröffentlichenden Kriterien den wesentlichen Anknüpfungspunkt für die Frage der Diskriminierung nach § 94 Abs. 2 MStV darstellen, wäre es durchaus geboten, die Intermediäre bereits auf dieser Ebene zu einer möglichst bestimmten und auch objektiv überprüfbaren Beschreibung ihrer Selektionsmechanismen anzuhalten.²⁵¹

Im Ergebnis bleibt der Tatbestand von § 93 Abs. 1 MStV somit relativ unbestimmt und auslegungsbedürftig. Es ist damit zu rechnen, dass der Maßstab für die zu offenbarenden technischen Kriterien erst im Laufe der Zeit durch die Kontrollinstanz der Landesmedienanstalten weiter konkretisiert werden wird.

c) Diskriminierungsverbot, § 94 MStV

Das Herzstück der neuen Vorschriften für die Medienintermediäre ist das Diskriminierungsverbot des § 94 MStV. Der Gesetzgeber sieht in der Diskriminierungsfreiheit ein entscheidendes Instrumentarium zur Gewährleistung der Meinungs- und Angebotsvielfalt i.S.v. Art. 5 GG, was bei der Auslegung der Vorschrift entsprechend zu berücksichtigen ist.²⁵²

aa) Schutzbereich, § 94 Abs. 1 MStV

Nach § 94 Abs. 1 MStV sind vor Diskriminierungen i.S.v. Abs. 2 nur „journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote, auf deren Wahrnehmbarkeit [die Medienintermediäre] besonders hohen Einfluss haben“, geschützt.

Das Merkmal der „journalistisch-redaktionellen“ Gestaltung knüpft an §§ 54 ff. RStV an und besteht aus zwei kumulativen Elementen: Zum Einen die „journalistische“ Arbeitsweise, die in der Sammlung von Informationen und deren periodischer, aktueller und inhaltlich vielfältiger Publizierung besteht.²⁵³ Zum anderen die „redaktionelle“ Gestaltung, die ein Mindestmaß an bewusster Auswahl und inhaltlicher Bearbeitung des Inhalts voraussetzt.²⁵⁴ Nach der Gesetzesbegründung sollen hiervon nicht nur professionelle Angebote, wie zum Beispiel Online-

²⁴⁹ *Cornils*, ZUM 2019, 89, 102.

²⁵⁰ *Cornils*, a.a.O.

²⁵¹ Vgl. *Liesem*, ZUM 2020, 377, 381 f.

²⁵² Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 51.

²⁵³ *Lent*, ZUM 2013, 914, 915 f.

²⁵⁴ *Lent*, ZUM 2013, 914, 916.

Zeitungen, sondern auch „Laien-Journalismus“ (zum Beispiel private News-Blogs) und sogar Unterhaltungsangebote umfasst sein.²⁵⁵

Die Entscheidung des Gesetzgebers, nur journalistisch-redaktionellen Angeboten eine schützenswerte Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung zuzusprechen, sieht sich berechtigterweise Kritik ausgesetzt.²⁵⁶ Diese Eingrenzung berücksichtigt nicht hinreichend, dass die neuartige Netzwerk- und Plattformökonomie der Intermediäre gerade dazu geführt hat, dass auch nicht-journalistischen, privaten Meinungsäußerungen eine hohe Aufmerksamkeit zuteil werden kann und diese eine immer stärkere Meinungsbildungsrelevanz entfalten. Ein anschauliches Beispiel hierfür bieten etwa die Twitter-Profile von Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens, die mit ihren (nicht journalistisch-redaktionell gestalteten) Äußerungen regelmäßig enorme Reichweiten erzielen.²⁵⁷

Vor Diskriminierung sind weiterhin nur solche Inhalte geschützt, auf deren Wahrnehmbarkeit die Intermediäre einen „besonders hohen Einfluss“ haben. Die Gesetzesbegründung nennt als mögliche Indikatoren für einen solchen Einfluss kartellrechtliche Maßstäbe, wie die marktbeherrschende Stellung oder die Schwellenwerte des Medienkonzentrationsrechts.²⁵⁸ Mit Letzteren sind wohl die Grenzen für die Annahme vorherrschender Meinungsmacht im privaten Rundfunk gem. §§ 60 ff. MStV gemeint, wobei jedoch unklar bleibt, wie diese Grenzwerte auf die Intermediäre zu übertragen wären.²⁵⁹ Davon abgesehen bleibt dieses Tatbestandsmerkmal äußerst unbestimmt und ist daher zu Recht kritisiert worden.²⁶⁰ Die Formulierung weckt den Eindruck, als ob der Einfluss der Intermediäre gegenüber jedem einzelnen Angebot individuell zu bestimmen sein soll, etwa durch das jeweilige Maß der Angewiesenheit. Dem widerspricht jedoch die Gesetzesbegründung, die vorrangig auf die objektive Markt- und Meinungsmacht des Intermediärs abstellt. Darüber hinaus würde ein solches Verständnis der Norm auch verkennen, dass die Intermediäre gegenüber jedem Angebot auf ihren Plattformen die selben Einflussmöglichkeiten (eben durch Gestaltung ihrer Algorithmen) besitzen.²⁶¹ Es erscheint somit fraglich, ob diesem

255 Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 6.

256 *Dörr*, Massenkommunikation, 2019, S. 41; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 345; *Die Medienanstalten*, Stellungnahme zum MStV-E, 2019, S. 9; *Kellner*, Regulierung von Intermediären, 2019, S. 289 f., die das Problem durch eine weite Auslegung des Merkmals „journalistisch-redaktionell“ lösen will.

257 Ebenso *Dörr*, Massenkommunikation, 2019, S. 41.; Vgl. Teil III A. II. 2. a).

258 Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

259 Die §§ 60 ff. MStV stellen auf die Höhe der Zuschaueranteile von Rundfunkprogrammen ab. Im Rahmen der Intermediäre macht ein Vergleich von „Nutzeranteilen“ jedoch wenig Sinn, da die vielfältigen Angebote der Intermediäre untereinander nicht ohne Weiteres vergleichbar sind und ein Nutzer auch mehrere Intermediäre gleichzeitig nutzen kann. Im Übrigen ist damit nichts über den Einfluss der Intermediäre auf die Wahrnehmbarkeit eines Inhalts ausgesagt, da ein Inhalt möglicherweise nur über einen bestimmten Intermediär sinnvoll verbreitet werden kann (zum Beispiel Videos über YouTube).

260 *Dörr*, Massenkommunikation, 2019, S. 43; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 343 f.; *Die Medienanstalten*, Stellungnahme zum MStV-E, 2019, S. 9.

261 *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 343.

Tatbestandselement neben der Bestimmung des Anwendungsbereichs in § 91 MStV überhaupt eine eigenständige Bedeutung zukommt.²⁶²

bb) Diskriminierung, § 94 Abs. 2 MStV

Eine verbotene Diskriminierung von geschützten Inhalten ist nach § 94 Abs. 2 MStV in zwei Varianten möglich: Entweder durch Abweichung von den nach § 93 Abs. 1 – 3 MStV zu veröffentlichenden Kriterien zulasten eines bestimmten Angebots (Alt. 1) oder mittels unbilliger Behinderung eines Angebots durch diese Kriterien (Alt. 2). In beiden Varianten setzt die Diskriminierung eine „systematische“ Begehungsweise durch den Intermediär voraus. Dabei sollen neben dem bewusst-planmäßigen Vorgehen des Anbieters auch Elemente der Dauer und Regelmäßigkeit eine Rolle spielen.²⁶³

(1) Abweichen von zu veröffentlichenden Kriterien, § 94 Abs. 2 Alt. 1 MStV

In der ersten Variante wird der Maßstab für die Abweichung durch die Kriterien i.S.v. § 93 Abs. 1 – 3 MStV festgelegt. Das sind zum einen die Zugangskriterien für Inhalte auf der Plattform und zum anderen die zentralen Kriterien der algorithmischen Selektionsmechanismen. Maßstäblich sollen jedoch nicht nur die vom Intermediär selbst veröffentlichten Kriterien sein, sondern gerade die wirklich angewendeten („zu veröffentlichenden“), auf die sich die Veröffentlichungspflicht des § 93 Abs. 1 MStV bezieht.²⁶⁴ So soll verhindert werden, dass die Intermediäre den Maßstab für Diskriminierungen durch mangelhafte Erfüllung ihrer Transparenzpflichten beeinflussen können. Praktisch dürfte es jedoch nur schwer überprüfbar sein, inwieweit sich die wirklich angewendeten Selektionsmechanismen von den veröffentlichten Kriterien unterscheiden und wie davon im Einzelfall abgewichen wird, da hierzu ein detaillierter Einblick in die Algorithmen der Intermediäre nötig ist, der (wenn überhaupt) nur den Aufsichtsbehörden möglich wäre. Für den beeinträchtigten Nutzer, der gem. § 94 Abs. 3 MStV grundsätzlich als Einziger einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot geltend machen kann, bleibt hingegen völlig undurchsichtig, inwieweit der Intermediär seinen Transparenzpflichten tatsächlich genügt.

Eine Abweichung von den eigenen Kriterien kann durch „sachliche Gründe“ gerechtfertigt sein. Der Gesetzgeber hat insoweit davon abgesehen, Regelbeispiel für mögliche Sachgründe in die Norm aufzunehmen. Die Gesetzesbegründung nennt jedoch beispielhaft die Befolgung von eigenen Rechtspflichten, wie zum Beispiel Jugendschutz oder Urheberrecht, oder technische Fragen, wie den Schutz vor Spam oder die Darstellbarkeit auf mobilen Endgeräten.²⁶⁵ Kein

²⁶² Vgl. *Dörr*, Massenkommunikation, 2019, S. 43.

²⁶³ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52; zur Kritik vgl. *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 346.

²⁶⁴ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

²⁶⁵ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.; vgl. bereits *Paal*, MMR 2018, 567, 571.

sachlicher Grund wäre hingegen die Bevorzugung oder Benachteiligung eines bestimmten Inhalts aus politischen, weltanschaulichen oder ökonomischen Gründen.²⁶⁶ Gerade derartige Ungleichbehandlungen sollen im Sinne der Meinungsvielfalt durch das Diskriminierungsverbot verhindert werden. Entscheidend muss dabei die wirkliche Motivation des Intermediärs sein und nicht etwa vorgeschobene Sachgründe, wobei hier wiederum das Problem der mangelnden Einsicht in die inneren Abläufe der Anbieter zum Tragen kommt.

(2) Unbillige Behinderung, § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV

In der zweiten Variante folgt die Diskriminierung aus der „unbilligen Behinderung“ bestimmter Inhalte durch die Kriterien i.S.v. § 93 Abs. 1 – 3 MStV. Es geht also insoweit nicht mehr nur um die Frage, ob der Intermediär seine Selektionskriterien diskriminierungsfrei anwendet; vielmehr stehen diese Kriterien selbst auf dem Prüfstand und es gilt festzustellen, ob bei ihrer konsequenten Anwendung bestimmte meinungsbildungsrelevante Inhalte gegenüber anderen in ihrer Wahrnehmbarkeit benachteiligt werden und ob eine solche Benachteiligung zulässig ist. Da es gerade zur typischen Leistung von Intermediären gehört, aus der Fülle an verfügbaren Inhalten auszuwählen und diese anhand bestimmter Kriterien zu ordnen, gehört auch die „Benachteiligung“ von bestimmten Inhalten zugunsten anderer zu ihrem Wesenskern. Es genügt also nicht allein die unterschiedliche Behandlung zweier meinungsbildungsrelevanter Inhalte, sondern diese Unterscheidung muss sich gerade als „unbillige Behinderung“ eines Inhalts darstellen. Ob eine solche vorliegt, kann letztlich nur anhand einer umfassenden Abwägung der betroffenen Interessen festgestellt werden, wobei auch die gesetzlichen Wertungen anderer Rechtsgebiete zu berücksichtigen sind.²⁶⁷ Es spielt dabei keine Rolle ob die Behinderung unmittelbar oder nur mittelbar erfolgt.

Die Formulierung der zweiten Variante knüpft damit an § 52c Abs. 1 RStV bzw. §§ 82 Abs. 2, 84 Abs. 2 MStV an, wobei der unbestimmte Rechtsbegriff der „unbilligen Behinderung“ in diesen Normen zumindest durch Regelbeispiele konkretisiert wird. Im Rahmen von § 94 MStV bleiben die Leitlinien der durchzuführenden Interessenabwägung jedoch vage und unbestimmt. Einiges spricht dafür, die Prüfung an dieser Stelle analog zur Inhaltskontrolle gem. § 307 ff. BGB durchzuführen.²⁶⁸ Im Hinblick auf das erklärte Ziel der Vielfaltssicherung lässt sich jedenfalls konstatieren, dass eine unbillige Behinderung desto eher anzunehmen ist, umso deutlicher ein Inhalt gerade aufgrund seines meinungsrelevanten Inhalts benachteiligt wird.

²⁶⁶ Paal/Heidtke, ZUM 2020, 230, 238.

²⁶⁷ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

²⁶⁸ Teil III. A. III. 3. c) bb).

4. Ausweitung journalistischer Sorgfaltspflichten, § 19 Abs. 1 S. 2 MStV

Eine weitere neue Regelung, die auch für die Meinungsbildung im Bereich der Intermediäre von Bedeutung ist, findet sich in § 19 Abs. 1 S. 2 MStV. Durch diese Vorschrift, welche in keinem der beiden Diskussionsentwürfe enthalten war, werden die journalistischen Sorgfaltspflichten auch auf Telemedien abseits der klassischen Online-Presse ausgeweitet.

Nach § 19 Abs. 1 S. 1 MStV gelten die anerkannten journalistischen Sorgfaltspflichten, wie bisher, für Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, in denen insbesondere Inhalte periodischer Druckerzeugnisse in Text oder Bild wiedergegeben werden (Online-Presse). § 19 Abs. 1 S. 2 MStV erstreckt diese Sorgfaltspflichten darüber hinaus auch auf „andere geschäftsmäßig angebotene, journalistisch-redaktionell gestaltete Telemedien, in denen regelmäßig Nachrichten oder politische Informationen enthalten sind und die nicht unter Satz 1 fallen“. Das Merkmal der Geschäftsmäßigkeit soll dabei nach der Gesetzesbegründung keine direkte wirtschaftliche Betätigung oder Gewinnerzielungsabsicht voraussetzen; vielmehr geht es um die Nachhaltigkeit der Dienstleistung, im Sinne einer auf gewisse Dauer angelegten Tätigkeit.²⁶⁹ Die Einhaltung der journalistischen Sorgfaltspflichten wird für diese anderen Telemedien gem. § 109 Abs. 1 MStV auch erstmals unter das Aufsichtsregime der Landesmedienanstalten gestellt, soweit sie nicht die in § 19 Abs. 3 MStV vorgesehene Möglichkeit zum Anschluss an eine Einrichtung der Freiwilligen Selbstkontrolle wahrgenommen haben.²⁷⁰

Zu den anerkannten journalistischen Sorgfaltspflichten gehört insbesondere die Pflicht, Nachrichten vor ihrer Verbreitung mit der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt auf Inhalt, Herkunft und Wahrheit zu prüfen (§ 19 Abs. 1 S. 3 MStV). Es liegt nahe, diese Ausweitung der journalistischen Wahrheitspflicht und ihre Kontrolle durch die Medienaufsicht als Reaktion auf die Debatte um zunehmende Desinformation in Online-Medien („Fake News“) anzusehen.²⁷¹ Das bewusste Verbreiten von Desinformation wäre als klarer Verstoß gegen jene Sorgfaltspflichten zu werten und könnte daher künftig behördlich sanktioniert werden.²⁷² Das neue Aufsichtsregime der Landesmedienanstalten wird jedoch teilweise als Verstoß gegen die Pressefreiheit und den Grundsatz der „Polizeifestigkeit“ der Presse beurteilt.²⁷³

Auch wenn die Intermediäre als solche keine journalistisch-redaktionellen Angebote darstellen, können sie zur Verbreitung solcher Angebote, die nun nach § 19 Abs. 1 S. 2 MStV zur Beachtung journalistischer Sorgfalt verpflichtet wären, dienen. So können unter die Norm zum Beispiel YouTube-Kanäle gefasst werden, die regelmäßig in redaktioneller Gestaltung politische Ereignisse

²⁶⁹ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 21.

²⁷⁰ Zur Frage, ob sich Anbieter nach § 19 Abs. 1 S. 2 MStV stattdessen auch dem Presserat anschließen können *Heins/Lefedt*, MMR 2021, 126, 130.

²⁷¹ Vgl. Teil I. B. II. 2.

²⁷² Vgl. *Lent*, ZUM 2020, 593, 600.

²⁷³ *Lent*, ZUM 2020, 593, 594 ff.

kommentieren.²⁷⁴ Da zur Annahme von Geschäftsmäßigkeit keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich ist, dürfte es genügen, wenn die Kanalbetreiber ihre Kanäle „monetarisieren“, also anteilige Werbeeinnahmen von YouTube beziehen, oder Spenden ihrer Zuschauer entgegennehmen (zum Beispiel über die Plattform Patreon).

5. Aufsicht

Über die Erfüllung der Pflichten gem. §§ 92 – 95 MStV durch die Intermediäre wachen gem. § 104 ff. MStV die Landesmedienanstalten als Medienaufsichtsbehörden. Zuständig ist gem. § 106 Abs. 2 S. 2 MStV grundsätzlich die Landesmedienanstalt des Landes, in dem der vom Intermediär nach § 92 MStV zu benennende Zustellungsbevollmächtigte seinen Sitz hat. Ist kein Zustellungsbevollmächtigter benannt, ist nach § 106 Abs. 1 S. 2 MStV die Landesmedienanstalt zuständig, die zuerst mit der Sache befasst worden ist, da die Intermediäre ihren Firmensitz regelmäßig im Ausland haben. Als Organ zur Erfüllung ihrer Aufgaben dient der zuständigen Landesmedienanstalt gem. § 104 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 MStV i.V.m. § 105 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 MStV die sogenannten „Kommission für Zulassung und Aufsicht“ (ZAK), die aus Vertretern der einzelnen Landesmedienanstalten gebildet wird, § 104 Abs. 3 MStV.²⁷⁵ Bei ihren Entscheidungen ist die ZAK gem. § 104 Abs. 8 MStV an Weisungen nicht gebunden.

Während die Einhaltung des Transparenzgebots nach § 93 MStV von den Aufsichtsbehörden von Amts wegen zu überwachen ist, kann ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach § 94 Abs. 3 MStV grundsätzlich nur vom Betroffenen mittels eines begründeten Antrags an die zuständige Landesmedienanstalt geltend gemacht werden. Nur in „offensichtlichen Fällen“ besteht eine Amtsverfolgungspflicht. Es findet also keine kontinuierliche, antragsunabhängige Überprüfung statt,²⁷⁶ was auch praktisch kaum umsetzbar wäre. Ein offensichtlicher Verstoß liegt dabei in Anlehnung an § 44 Abs. 1 VwVfG nur vor, wenn der Verstoß auch für einen unvoreingenommenen, verständigen Beobachter ohne Weiteres erkennbar ist.²⁷⁷

Bei der Prüfung von Verstößen können die Landesmedienanstalten von ihrem Recht auf Vorlage der „erforderlichen Unterlagen“ durch die Intermediäre gem. § 95 MStV Gebrauch machen. Das Gesetz gibt jedoch keinen Aufschluss darüber, welche Unterlagen davon genau umfasst sein sollen. Insbesondere ist fraglich, ob sich die Medienanstalten dadurch auch einen detaillierten Einblick in die Algorithmen der Intermediäre verschaffen können. Dafür spricht jedenfalls die Gesetzesbegründung, welche die Algorithmen zu den von §§ 95, 58 MStV geschützten Geschäftsgeheimnissen zählt.²⁷⁸ Es erscheint jedoch zumindest fraglich, ob eine so

²⁷⁴ Vgl. *Heins/Lefedt*, MMR 2021, 126, 129.

²⁷⁵ Vgl. zum kompetenziellen Verhältnis zwischen Landesmedienanstalt und zentraler Kommission BVerwG v. 20.4.2021 – 6 C 6/20.

²⁷⁶ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

²⁷⁷ BeckOK VwVfG/*Schemmer*, § 44, Rn. 17.

²⁷⁸ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 53.

weitgehende Befugnis zur Einsicht in zentrale Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse mit der unternehmerischen Freiheit gem. Art. 12, 14 GG vereinbar ist, zumal § 58 MStV in dieser Hinsicht äußerst unbestimmt ist und keine Differenzierung nach Art der Unterlagen zulässt.²⁷⁹ Hinzu kommt, dass die Aufsichtsbehörden bei mangelnder eigener Sachkenntnis wohl auf die Hilfe der Intermediäre bei der Auswertung der komplexen technischen Informationen angewiesen wären.²⁸⁰

Bei der Ahndung eines festgestellten Rechtsverstoßes steht der Aufsichtsbehörde gem. § 109 Abs. 1 MStV das Ermessen hinsichtlich der jeweils erforderlichen Maßnahme zu. Möglich sind insbesondere Beanstandung, Untersagung, Sperrung, Rücknahme und Widerruf. Darüber hinaus können Verstöße gegen die §§ 92 – 95 MStV nach § 115 Abs. 1 Nrn. 41 – 47, Abs. 2 MStV als Ordnungswidrigkeit mit einer Geldbuße von bis zu 500.000 € belegt werden. Es ist also damit zu rechnen, dass Verstöße gegen Transparenzgebot und Diskriminierungsverbot von den Landesmedienanstalten zunächst förmlich beanstandet bzw. untersagt werden und für den Fall erneuter Zuwiderhandlung die Verhängung einer Geldbuße angedroht wird.

²⁷⁹ Vgl. *Cornils/Liesem*, Stellungnahme zum MStV-E, 2018, S. 22; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 348.

²⁸⁰ *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 348.

B. Die Regulierung der Intermediäre im Recht der Europäischen Union

Das Internet ist seiner Natur nach grenzüberschreitend. Das Angebot digitaler Vermittlungsdienste ist deshalb eng mit dem internationalen Wirtschaftsverkehr und grenzüberschreitender Kommunikation verknüpft. Aus diesem Grund hat sich auch auf supranationaler Ebene die Europäische Union in mehreren Sekundärrechtsakten mit der Regulierung von digitalen Intermediären auseinandergesetzt. Grundlegende Leitlinien wurden bereits im Jahr 2000 durch die ECRL festgelegt. Auch die AVMD-RL in ihrer aktualisierten Fassung (2018) enthält Vorschriften, welche die Verbreitung bestimmter Inhalte auf Video-Sharing-Plattformen regulieren. Der wichtigste Gegenstand für diese Untersuchung ist das neue „Gesetz über digitale Dienste“ (DSA), das am 16.11.2022 in Kraft getreten ist und ab 17.02.2024 Geltung erlangen wird.

I. ECRL

Die Regulierung der Intermediäre im Sekundärrecht der europäischen Union erfolgte bislang vorrangig im Hinblick auf die Gewährleistung des freien Wirtschaftsverkehrs im Binnenmarkt. Die erste große Maßnahme zur Angleichung der nationalen Rechtsvorschriften in diesem Bereich stellte die im Jahr 2000 verabschiedete „Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“ (ECRL, 2000/31/EG) dar. Grund für die Rechtsangleichung waren vor allem die damals bestehenden Unsicherheiten über die Anwendbarkeit nationaler Rechtsvorschriften im grenzüberschreitenden elektronischen Geschäftsverkehr und die Haftung der Anbieter von digitalen Vermittlungsdiensten für die von ihnen verbreiteten Inhalte. Diese Unwägbarkeiten bedrohten insbesondere die Geschäftsmodelle der noch jungen, kleineren Diensteanbieter.²⁸¹ Kernbestandteil der ECRL sind die Haftungsprivilegierungen in Art. 12 ff. ECRL. Diese Vorschriften begrenzen die Haftung von Diensteanbietern für rechtswidrige Inhalte, die mittels ihrer Dienste verbreitet werden, sofern der Provider nach Kenntnisnahme von einem rechtswidrigen Inhalt unverzüglich tätig wird, um diesen zu löschen. Das Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander wird seither durch das Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL bestimmt.

Auf weitere Ausführungen zur ECRL wird an dieser Stelle verzichtet, da die für diese Untersuchung bedeutsamen Vorschriften der Art. 12 ff. ECRL unverändert in den DSA übernommen werden sollen und weiter unten im Zusammenhang mit den dortigen neuen Regelungen näher erläutert werden.²⁸²

²⁸¹ *Holznapel*, CR 2021, 123, 124; vgl. ErwG 5 ECRL.

²⁸² Teil I. B. III. 2. b) aa).

II. AVMD-RL

1. Initiative & Zielrichtung

Die im Jahr 2010 verabschiedete „Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“ (AVMD-RL, 2010/13/EU), die ihre Ursprünge in der „Fernsehrichtlinie“ aus dem Jahr 1998 hat, erfasst seit ihrer Novellierung vom 14.11.2018²⁸³ auch den Bereich der Intermediäre, da seither besondere Regelungen für Video-Sharing-Plattform-Dienste, wie zum Beispiel YouTube, vorgesehen sind. Hatte die Richtlinie zuvor nur audiovisuelle Mediendienste erfasst, bei denen der Dienstanbieter eine redaktionelle Verantwortung ausübt (insbesondere Fernsehen), so enthält sie nun auch Vorschriften für Video-Sharing-Plattformen, die zur Verbreitung nutzergenerierter Videos dienen, für die der Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, Art. 1 Abs. 1 lit. aa) AVMD-RL. Die maßgeblichen neuen Vorschriften stellen die Art. 28a, 28b AVMD-RL dar.

Auch diese Richtlinie diene ursprünglich vorrangig dem Interesse des freien Binnenmarktes, vgl. ErwG 2 AVMD-RL (2010). Dabei bestand jedoch bereits ein Bewusstsein für die „immer größere Bedeutung [audiovisueller Mediendienste] für die Gesellschaften [und] die Demokratie — vor allem zur Sicherung der Informationsfreiheit, der Meinungsvielfalt und des Medienpluralismus“, ErwG 5 AVMD-RL (2010). In der Novellierung aus dem Jahr 2018 ist nun deutlich der Einfluss der neueren Debatte über die Auswirkungen der Intermediäre auf die öffentliche Meinungsbildung und die schädlichen Auswirkungen von „Hassrede“ erkennbar, wie sich anhand der folgenden Darstellung zeigen wird.

2. Schutz der Allgemeinheit vor schädlichen Inhalten, Art. 28b AVMD-RL

a) Schädliche Inhalte, Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL

Die zentralen Pflichten für Video-Sharing-Plattformen sind in Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL enthalten. Die Mitgliedsstaaten haben demnach dafür zu sorgen, dass die Plattformanbieter angemessene Maßnahmen treffen, um Minderjährige und die Allgemeinheit vor bestimmten schädlichen Inhalten zu schützen. Art. 28b Abs. 1 lit. a) AVMD-RL betrifft den Jugendschutz, Art. 28b Abs. 1 lit. c) AVMD-RL den Schutz der Allgemeinheit vor terroristischen Straftaten, Kinderpornografie und rassistischen bzw. fremdenfeindlichen Straftaten.

Für die vorliegende Untersuchung ist insbesondere Art. 28b Abs. 1 lit. b) AVMD-RL von Bedeutung: Die Allgemeinheit ist demnach vor Inhalten zu schützen, in denen zu Gewalt oder Hass gegen eine Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer Gruppe aus einem der in Art. 21 GRCH genannten Gründe aufgestachelt wird. Art. 21 GRCH bezieht sich auf das Verbot der

²⁸³ Vgl. zum Überblick über die Novellierung *Gundel*, ZUM 2019, 131.

Diskriminierung wegen „des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung“. Art. 28b Abs. 1 lit. b) AVMD-RL konzentriert sich also auf die Einschränkung von Inhalten, die gemeinhin mit dem Begriff „Hassrede“²⁸⁴ in Verbindung gebracht werden, auch wenn der Begriff an dieser Stelle nicht ausdrücklich verwendet wird. Der Wortlaut beschränkt sich dabei nicht ausdrücklich auf strafbare Inhalte, auch wenn eine enge Nähe zum Tatbestand der Volksverhetzung gem. § 130 Abs. 1 StGB besteht. Der Unterschied zu diesem Straftatbestand besteht darin, dass die geschützten Personengruppen i.S.v. Art. 21 GRCH abschließend definiert sind, während bei § 130 Abs. 1 StGB als Angriffsobjekt grundsätzlich alle „Teile der Bevölkerung“ in Frage kommen, die aufgrund bestimmter äußerer oder innerer Merkmale als unterscheidbarer Teil von der Gesamtheit der Bevölkerung abgrenzbar sind.²⁸⁵ Die Bevölkerungsmehrheit wird jedoch teilweise aus dem Schutzbereich dieser Norm ausgenommen.²⁸⁶ Außerdem muss für die Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB noch eine konkrete Eignung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens hinzukommen, wobei dieses Tatbestandsmerkmal aber in der Praxis regelmäßig ohne großen Begründungsaufwand bejaht wird.²⁸⁷

Es ist daher theoretisch nicht ausgeschlossen, dass von Art. 28b Abs. 1 lit. b) AVMD-RL auch Inhalte erfasst werden, die als Meinungsäußerung i.S.v. Art. 5 Abs. 1 GG anzusehen sind, ohne der Strafbarkeit nach § 130 Abs. 1 StGB zu unterfallen, zum Beispiel Angriffe gegen die Bevölkerungsmehrheit. In der überwiegenden Zahl der Fälle wird jedoch ein Inhalt i.S.v. Art. 28b Abs. 1 lit. c) AVMD-RL auch den Straftatbestand von § 130 Abs. 1 StGB erfüllen oder zumindest das Persönlichkeitsrecht einzelner Personen verletzen. Es dürfte daher nur in Ausnahmefällen dazu kommen, dass nach Art. 28b Abs. 1 lit. c) AVMD-RL eine grundsätzlich zulässige Meinungsäußerung unterdrückt werden müsste.

b) Angemessene Maßnahmen, Art. 28b Abs. 3 AVMD-RL

Bei der Auswahl der konkreten Maßnahmen, die von den Anbietern zur Bekämpfung von Inhalten nach Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL eingesetzt werden sollen, eröffnet Art. 28b Abs. 3 AVMD-RL dem Gesetzgeber einen relativ weiten Spielraum. Zunächst werden die Kriterien festgelegt, nach denen die Angemessenheit von Maßnahmen zu beurteilen ist: In Betracht gezogen werden sollen die Art der fraglichen Inhalte, der Schaden, den sie anrichten können, die Merkmale der zu schützenden

²⁸⁴ Vgl. Teil III. A. I. 2. b).

²⁸⁵ BGH NStZ 2015, 521, 513; für Beispiele solcher Gruppen s. *Fischer*, StGB, § 130, Rn. 5.

²⁸⁶ *Fischer*, StGB, § 130, Rn. 4; die (überzeugende) Gegenansicht vertreten etwa *Nowroussian*, JR 2017, 567; *Mitsch*, JR 2011, 380; vgl. zuletzt OLG Köln v. 09.06.2020 – 1 RVs 77/20 (Frauen als Bevölkerungsteil).

²⁸⁷ *Fischer*, StGB, § 130, Rn. 13 ff.

Personenkategorie, die betroffenen Rechte und berechtigten Interessen, einschließlich derer der Plattformanbieter und der Nutzer, die die Inhalte erstellt oder hochgeladen haben, sowie das öffentliche Interesse. Die Maßnahmen müssen ferner durchführbar und verhältnismäßig sein und der Art und Größe des jeweiligen Dienstes Rechnung tragen. Unzulässig sind jedoch Ex-ante-Kontrollmaßnahmen sowie die Filterung von Inhalten beim Hochladen.

Die Richtlinie führt daraufhin beispielhaft eine Reihe von Maßnahmen an, die als angemessen in Betracht kommen: darunter etwa die Pflicht zur Aufnahme der Anforderungen gemäß Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL in die AGB des jeweiligen Anbieters (lit. a), die Einrichtung von benutzerfreundlichen Mechanismen zur Meldung schädlicher Inhalte (lit. d) oder die Einrichtung von wirksamen Verfahren für den Umgang mit Beschwerden von Nutzern (lit. i). Diese Auflistung soll jedoch im Hinblick auf die Tragweite und Eingriffsintensität der Maßnahmen nicht abschließend sein. So gestattet Art. 28b Abs. 6 AVMD-RL den Mitgliedstaaten ausdrücklich, ausführlichere oder strengere als die in Art. 28b Abs. 3 AVMD-RL aufgezählten Maßnahmen zu wählen. Beim Erlass solcher Maßnahmen sind jedoch die im geltenden Unionsrecht festgelegten Anforderungen einzuhalten (beispielsweise die Haftungsprivilegierungen der Art. 12 ff. ECRL).

Im Lichte dieser Befugnis zum Erlass strengerer Maßnahmen stellt sich die Frage, ob auch die Löschpflichten des NetzDG, die gem. § 3e NetzDG der Umsetzung der AVMD-RL dienen sollen²⁸⁸, als angemessene Maßnahmen i.S.v. Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL anzusehen sind. Derartige öffentlich-rechtliche Löschpflichten, die mit Bußgelddrohungen gegenüber den Plattformanbietern verknüpft sind, sind nicht im Katalog der empfohlenen Maßnahmen enthalten und die Pflichten des NetzDG sind insbesondere strenger als die bloße Pflicht zur Anwendung von AGB-Klauseln, da sie sehr kurze Fristen für die Löschung vorsehen und den Anbietern keine Freiheit bei der Gestaltung ihrer AGB lassen. Will man die Angemessenheit am Maßstab von Art. 28b Abs. 3 AVMD-RL beurteilen, sind die dort genannten Beurteilungskriterien heranzuziehen. Dabei werden ausdrücklich auch die Interessen der betroffenen Nutzer genannt, wozu insbesondere deren Meinungs- und Informationsfreiheit gehört. Auch ErwG 49 AVMD-RL (2018) sieht vor, dass strengere Maßnahmen nur unter „Achtung des Rechts auf freie Meinungsäußerung, der Informationsfreiheit und des Medienpluralismus“ zulässig sein sollen. Eine Einschränkung dieser Grundrechte durch die verordneten Maßnahmen muss also verhältnismäßig sein. An dieser Stelle lässt sich deshalb auf die Diskussion zur Verfassungsmäßigkeit des NetzDG nach dem deutschen Recht zurückgreifen.²⁸⁹ Nach hier vertretener Ansicht sprechen dabei die besseren Argumente für eine materielle Verfassungswidrigkeit der NetzDG-Löschpflichten, da sie für den Anbieter einen einseitigen Anreiz zum „Overblocking“ begründen, die Beurteilung von Straftatbeständen auf Private verlagern und damit die Meinungsfreiheit der Nutzer verletzen.²⁹⁰ Nach verbreiteter Ansicht verstoßen die kurzen Löschrufen des NetzDG außerdem gegen die Haftungsprivilegierungen der

288 BT-Drs. 19/18792, S. 50.

289 Hierzu ausführlich Teil III. A. III. 1.

290 Teil III. A. III. 1. a).

ECRL²⁹¹, was nach Art. 28b Abs. 6 AVMD-RL ebenfalls unzulässig ist. Nach hier vertretener Ansicht stellen die Löschpflichten des § 3 Abs. 2 NetzDG somit keine „angemessenen Maßnahmen“ i.S.v. Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL dar. Möglicherweise hat auch der deutsche Gesetzgeber dieses Problem vorhergesehen und deshalb zusätzlich eine Pflicht zur Aufnahme der Anforderungen gemäß Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL in die AGB der jeweiligen Plattform normiert, § 3e Abs. 4 NetzDG.

Auch wenn man bezüglich der Verhältnismäßigkeit von Löschpflichten anderer Auffassung sein sollte, bedeutet das nicht, dass solche Pflichten die einzige Möglichkeit darstellen, um die Anforderungen des Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL zu erfüllen, also für die Umsetzung der Richtlinie *erforderlich* wären. Die Auswertung der halbjährlichen Transparenzbericht hat beispielsweise gezeigt, dass die Videoplattform YouTube Inhalte, die zu Hass oder Gewalt aufstacheln, regelmäßig bereits aufgrund ihrer eigenen Nutzungsbedingungen löscht²⁹² und somit gar kein zusätzlicher imperativer Druck im Sinne von Löschpflichten notwendig ist, um die Umsetzung von Art. 28b Abs. 1 lit. b) AVMD-RL zu gewährleisten. Eine Verpflichtung zur Aufnahme dieser Vorgaben in die AGB der Plattform erscheint daher als milderer Mittel völlig ausreichend. Selbst wenn man die Möglichkeit zum Erlass von Löschpflichten nach Art. 28b Abs. 6 AVMD-RL offenhalten möchte, würde dies lediglich eine *Möglichkeit*, nicht aber eine Verpflichtung für den Gesetzgeber begründen.

c) Rechtsschutzmöglichkeiten für Nutzer, Art. 28b Abs. 7, 8 AVMD-RL

Um die Rechte von Nutzern zu schützen, die aufgrund von Art. 28b AVMD-RL einen Eingriff von Seiten des Plattformanbieters erleiden, sieht Art. 28b Abs. 7 AVMD-RL vor, dass den Nutzern außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stehen sollen. Für die Ausgestaltung dieser Verfahren werden keine näheren Vorgaben gemacht außer ihrer Unparteilichkeit und der Unbeschadetheit gerichtlicher Rechtsbehelfe. Diese Vorgabe wurde durch Art. 3f NetzDG ins deutsche Recht umgesetzt, wobei hier eine behördliche Schlichtungsstelle gewählt wurde. Diese ist jedoch nur subsidiär zuständig, soweit nicht ein privates Schlichtungsverfahren nach § 3c NetzDG durchgeführt werden kann, § 3f Abs. 1 S. 3 NetzDG.

Für die gerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen der Nutzer gegen die Plattformanbieter sieht Art. 28b Abs. 8 AVMD-RL vor, dass die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Nutzer ihre Rechte vor Gericht geltend machen können. Offen bleibt, ob diese Pflicht bereits dadurch erfüllt wird, dass nach dem nationalen Recht überhaupt gerichtliche Rechtsbehelfe gegen Eingriffe von Plattformanbietern (zum Beispiel die Wiederherstellungsklage) zur Verfügung stehen, oder ob der Gesetzgeber darüber hinaus aktiv die Möglichkeiten der Nutzer zum Ergreifen dieser Rechtsbehelfe fördern soll. Zu denken wäre beispielsweise an eine Verpflichtung der Anbieter zum

²⁹¹ Guggenberger, ZRP 2017, 98, 99; Liesching, MMR 2018, 26, 29; Spindler, ZUM 2017, 473, 478 ff.; Wimmers/Heymann, AfP 2017, 93, 95; a. A Nölscher, ZUM 2020, 301.

²⁹² Hierzu ausführlich Teil III. A. IV. 1.

Hinweis auf die verfügbaren gerichtlichen Rechtsbehelfe bei Löschung eines Inhalts. Eine solche Hinweispflicht wurde jedenfalls im deutschen Recht bisher nicht normiert. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 NetzDG enthält lediglich eine Pflicht zum Hinweis auf das Gegenvorstellungsverfahren nach § 3b NetzDG.²⁹³

3. Herkunftslandprinzip, Art. 28a AVMD-RL

Die zuständige Aufsichtsbehörde für die Durchsetzung der Maßnahmen nach Art. 28b AVMD-RL bestimmt sich auch im Bereich der Video-Sharing-Plattformen nach dem Herkunftslandprinzip des Art 3 ECRL, auf den Art. 28a AVMD-RL ausdrücklich verweist. Entscheidend ist der Sitz des Plattformanbieters, bzw. seines Tochterunternehmens. Die hier schwerpunktmäßig in den Blick genommene Plattform YouTube wird in Europa von einem Tochterunternehmen von Google mit Sitz in Dublin, Irland angeboten, sodass die deutschen Behörden im regulierten Bereich gem. Art. 28a Abs. 1, 5 AVMD-RL, Art. 3 ECRL grundsätzlich nicht zuständig sind.

Der Umsetzung des Herkunftslandprinzips dient im deutschen Recht die Vorschrift des § 3e Abs. 3 NetzDG. Demnach gelten die Vorschriften des NetzDG für Anbieter von Video-Sharing-Plattformen mit Sitz im EU-Ausland nur aufgrund einer besonderen Anordnung des BfJ nach § 3 Abs. 5 S. 1 TMG. Diese Ausnahme gilt jedoch nur im von Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL regulierten Bereich, also nur, soweit es um die Bekämpfung von nutzergenerierten Inhalten gem. § 3e Abs. 2 S. 2 NetzDG geht, die den Straftatbestand der §§ 111, 130 Absatz 1 oder 2, 131, 140, 166 oder 184b StGB erfüllen. Für alle anderen rechtswidrigen Inhalte i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG gilt weiterhin das Aufsichtsregime der deutschen Behörden, § 3e Abs. 1 NetzDG.

Mit dieser komplexen Aufteilung von Aufsichtspflichten setzt sich der deutsche Gesetzgeber auffälligerweise in Widerspruch zu seinem bisherigen Standpunkt zur Vereinbarkeit des NetzDG mit dem Herkunftslandprinzip des Art. 3 ECRL.²⁹⁴ So beruft sich der Gesetzgeber in seiner Begründung des NetzDG²⁹⁵ (entgegen der h.M. in der Literatur²⁹⁶) auf eine Ausnahme vom Herkunftslandprinzip nach Art. 3 Abs. 4a lit. i) ECRL. Dabei wird jedoch verkannt, dass diese Ausnahme nur im Einzelfall bei *bestimmten* Diensteanbietern in Anspruch genommen werden kann²⁹⁷, während vom NetzDG aber eine abstrakte Vielzahl verschiedener sozialer Netzwerke erfasst wird.²⁹⁸ Im Zusammenhang mit der AVMD-RL, die ebenfalls auf Art. 3 ECRL verweist, räumt der deutsche Gesetzgeber hingegen die Anwendbarkeit des Herkunftslandprinzips ein, ohne dass ein Grund für die unterschiedliche Handhabung im Bereich von Video-Sharing-Plattformen

²⁹³ Vgl. im Gegenteil hierzu Art. 17 Abs. 3 lit. f) DSA.

²⁹⁴ Hierzu ausführlich *Liesching*, MMR-Beil. 2020, 3, 18 ff.

²⁹⁵ BT-Drs. 18/12356, S. 14.

²⁹⁶ *Liesching*, MMR 2018, 26, 29 ff.; MMR-Beil. 2020, 3, 17; *Spindler*, ZUM 2017, 473; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 96; a.A. *Nölscher*, ZUM 2020, 301.

²⁹⁷ EuGH v. 19.12.2019 – C-390/18, Rn. 84; KOM (2003) 259 endg. v. 14.5.2003, S. 5.

²⁹⁸ *Liesching*, MMR-Beil. 2020, 3, 18; *Spindler*, ZUM 2017, 473, 476; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 97.

ersichtlich wäre. Diese offenkundige Widersprüchlichkeit innerhalb desselben Gesetzeswerks bestätigt die Kritik der h.M. an der Vereinbarkeit des NetzDG mit dem Europarecht.²⁹⁹

III. Gesetz über digitale Dienste

1. Initiative & Zielrichtung

Lange Zeit stellten die Haftungsprivilegierungen der ECRL den wesentlichen Grundpfeiler der Provider-Regulierung auf europäischer Ebene dar. Seit ihrem Inkrafttreten im Jahr 2000 haben sich die technischen Möglichkeiten und Bedingungen digitaler Märkte jedoch rasant verändert und Anlass zu einer Vielzahl von sektorspezifischen Regeln und Rechtsprechungen gegeben, insbesondere im Bereich des Urheber- und Datenschutzrechts (vgl. etwa den heftig umstrittenen Art. 17 DSM-RL oder die DSGVO). Seit der US-Präsidentschaftswahl 2016 sind außerdem die Auswirkungen sozialer Medien auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung in den Fokus der internationalen Debatte gerückt. Nachdem Ursula von der Leyen bereits im Jahr 2019 während ihrer Kandidatur für das Amt der Kommissionspräsidentin einen neuen „Digital Services Act“ vorgeschlagen hatte, legte die Kommission schließlich im Februar 2020 ihr Kommunikationspapier „Shaping Europe’s Digital Future“³⁰⁰ vor, welches die wesentlichen Zielsetzungen einer zukunftsorientierten, europäischen Digital-Politik vorstellte, darunter die Harmonisierung der digitalen Marktbedingungen und die Modernisierung der ECRL durch den DSA. Am 15.12.2020 legte die Kommission ihren Vorschlag (COM 2020/825 final) für eine „Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG“ vor. Nach einigen inhaltlichen Änderungen ist die endgültige Fassung des „Gesetzes über digitale Dienste“ (DSA) schließlich am 16.11.2022 in Kraft getreten. Der überwiegende Teil der neuen Vorschriften wird jedoch erst ab dem 17.02.2024 Geltung erlangen, Art. 93 Abs. 2 DSA.

Die EU stützt ihre Verordnung wie bislang auf die allgemeine Gesetzgebungskompetenz der Union zur Binnenmarktregulierung gem. Art. 114 AEUV. Im Gegensatz zu den bisherigen sektorspezifischen Regelungen und den verschiedenen nationalen Regulierungsbemühungen, die nur einzelne Teilaspekte der Digitalökonomie umfassten, soll durch den DSA ein allgemeiner und grundlegender Rechtsrahmen für das Angebot digitaler Vermittlungsdienste in der Union geschaffen werden. Die bereits bestehenden, speziellen Regeln, wie zum Beispiel die AVMD-RL, sollen als *lex specialis* fortgelten.³⁰¹ Die Verordnung nimmt erstmals die Regulierung der sehr großen Online-Plattformen in den Fokus, die als besonderer Risikofaktor für die Rechtsverwirklichung im digitalen Raum angesehen werden, vgl. ErwG 79 DSA. In diesem

²⁹⁹ *Liesching*, MMR-Beil. 2020, 3, 19.

³⁰⁰ https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_4.pdf.

³⁰¹ ErwG 10 DSA; vgl. *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184, 187.

Zusammenhang wird auch der weitreichende Regulierungsanspruch des DSA deutlich, da durch die neuen Regeln ein umfassender Ausgleich der Interessen und Grundrechte aller Beteiligter angestrebt wird, vgl. ErwG 52 DSA. So soll nicht nur die Verbreitung rechtswidriger Inhalte eingedämmt werden, sondern gleichzeitig auch das Recht zur freien Meinungsäußerung vor Einengungen durch die Intermediäre geschützt werden. Der DSA tritt also mit dem Anspruch an, den Bereich der Intermediärsregulierung allgemein neu zu ordnen und europaweit zu harmonisieren.

2. Die Regulierung der Intermediäre im DSA

a) Anwendungsbereiche

Die Regelungsarchitektur des DSA basiert auf einem abgestuften Modell, bei dem die verschiedenen Anwendungsbereiche aufeinander aufbauen und jeweils speziellere Regeln für engere Anwendungsbereiche hinzukommen.³⁰²

Objekte der Regulierung im DSA sind die Anbieter von digitalen Vermittlungsdiensten, bei denen gem. Art. 3 lit. g) DSA die Formen der „reinen Durchleitung“, des „Cachings“ und des „Hostings“ unterschieden werden. Der DSA übernimmt hiermit unverändert die Kategorien der Art. 12 – 14 ECRL und deren Definitionen: Wo sich die reine Durchleitung in der bloßen Übermittlung von Informationen in einem Kommunikationsnetzwerk erschöpft, umfasst das Caching zusätzlich die automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherung aus reinen Effizienzgründen. Das Hosting betrifft die dauerhafte Speicherung von Informationen. Darüber hinaus führt der DSA in Art. 3 lit. i) die neue Kategorie der „Online-Plattform“ ein, welche eine spezielle Form des Hostings darstellt, bei der die gespeicherten Informationen öffentlich, d.h. für eine potentiell unbegrenzte Anzahl an Rezipienten, zugänglich gemacht werden. Für diese Online-Plattformen sind im DSA erstmals spezielle Regeln vorgesehen, die einen Kernbestandteil des neuen Regulierungskonzeptes ausmachen. Von den Vorschriften sind teilweise Ausnahmen für kleine bzw. Kleinunternehmen i.S.d. Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EC vorgesehen, welche durch die weitreichenden neuen Pflichten nicht in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht werden sollen (zum Beispiel in Art. 15 Abs. 2, Art. 19 DSA).

Eine weitere charakteristische Neuerung des DSA besteht in dem Katalog zusätzlicher Compliance-Pflichten für sehr große Online-Plattformen nach Art. 33 ff. DSA. Als solche gelten Online-Plattformen, welche eine Schwelle von 45 Mio. aktiven Nutzern pro Monat innerhalb der EU überschreiten. Die genaue Methode, nach der die Anzahl der aktiven Nutzer in der Union ermittelt wird, kann gem. Art. 33 Abs. 3 DSA von der Kommission in einem delegierten Rechtsakt festgelegt

³⁰² Vgl. die grafischen Darstellungen bei *Schmid/Grewe*, MMR 2021, 279 oder *Buiten*, Digital Services Act, 2021, S. 10.

werden. Der europäische Gesetzgeber geht damit in der Präzisierung der Anwendungsbereiche einen entscheidenden Schritt weiter als der deutsche Gesetzgeber, der weder in § 1 Abs. 2 NetzDG noch in § 91 Abs. 2 MStV eindeutig festgelegt hat, wie genau die Anzahl der registrierten oder aktiven Nutzer zu ermitteln ist³⁰³. Es bleibt jedoch noch abzuwarten, ob bzw. wann die Kommission von der Möglichkeit zum Erlass eines delegierten Rechtsaktes Gebrauch machen wird.³⁰⁴

Im Vergleich zum ursprünglichen Kommissionsentwurf wurde außerdem die Kategorie der „Online-Suchmaschine“ hinzugefügt, Art. 3 lit. j) DSA. Diese Suchmaschinen fallen zwar nicht unter die Definition des Hostings, da sie selbst keine nutzergenerierten Informationen speichern. Aufgrund ihres großen Einflusses auf die Informationsgewinnung im Netz werden sie jedoch teilweise den selben Pflichten wie Online-Plattformen unterworfen.

Im Hinblick auf den internationalen Anwendungsbereich der neuen Vorschriften statuiert Art. 2 Abs. 1 DSA das Marktortprinzip und dehnt den Anwendungsbereich damit auch auf Anbieter aus, die keine Niederlassung innerhalb der EU besitzen, solange diese ihre Dienste für Nutzer innerhalb der EU anbieten. Das soll nach Art. 3 lit. d) DSA schon der Fall sein, wenn eine wesentliche Verbindung des Anbieters zur Union besteht. Dafür genügt, dass ein Anbieter seine Aktivitäten auf einen oder mehrere Mitgliedstaaten der EU ausrichtet³⁰⁵ oder in einem oder mehreren Mitgliedstaaten eine signifikante Anzahl an Nutzern hat.

Die in dieser Untersuchung schwerpunktmäßig behandelten großen Anbieter von Online-Plattformen (Facebook, YouTube, Twitter) unterhalten alle eine Niederlassung innerhalb der EU (Dublin) und dürften auch die Schwelle von 45 Mio. Nutzer pro Monat innerhalb der Union überschreiten. Für diese Intermediäre gelten somit über die allgemeinen Vorschriften für alle digitalen Vermittlungsdienste hinaus die speziellen Regeln für Hosting-Provider und Online-Plattformen (Art. 6, 16 ff. DSA) sowie die zusätzlichen Compliance-Vorschriften für sehr große Online-Plattformen (Art. 33 ff. DSA).³⁰⁶

b) Umgang mit rechtswidrigen Inhalten

Ein wesentlicher Teil der Vorschriften für Hosting-Provider bzw. Online-Plattformen im DSA betrifft den Umgang der Anbieter mit rechtswidrigen Inhalten auf ihren Plattformen. Was dabei als rechtswidriger Inhalt anzusehen ist, wird in Art. 3 lit. h) DSA relativ weit definiert als jede Information, die nicht im Einklang mit dem Recht der Union oder eines Mitgliedstaates steht, unabhängig vom Gegenstand oder der Rechtsnatur des jeweiligen Gesetzes. In Frage kommen also sowohl strafbare Inhalte als auch solche, die private Rechte wie zum Beispiel das allgemeine

303 Hierzu Teil III. A. II. 1. a).

304 Im Kommissionsentwurf war dieser Erlass noch als obligatorisch vorgesehen.

305 Vgl. hierzu ErwG 8 DSA; EuGH NJW 2011, 505, Rn. 55 ff.

306 *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184, 186.

Persönlichkeitsrecht oder Verbraucherschutzvorschriften verletzen.³⁰⁷ Unberührt bleiben jedoch die geltenden europäischen Vorschriften zum Urheberrecht, Art. 2 Abs. 4 DSA. ErwG 12 DSA stellt außerdem klar, dass es keine Rolle spielen soll, ob eine Information selbst rechtswidrig ist, wie zum Beispiel eine strafbare Beleidigung, oder ob sich die Information auf rechtswidrige Aktivitäten, wie zum Beispiel die unerlaubte Verbreitung privater Bildaufnahmen, bezieht. Als Beispiel für an sich rechtswidrige Informationen nennt ErwG 12 DSA unter anderem „rechtswidrige Hassrede“. Auch die europäische Regulierung greift also die gesellschaftliche Debatte um die schädlichen Auswirkungen von „Hassrede“ auf die öffentliche Meinungsbildung auf, umgeht dabei jedoch still das Problem, dass „Hassrede“ kein klar definierter Rechtsbegriff ist und auch legale Meinungsäußerungen umfassen kann³⁰⁸, indem sie lediglich „rechtswidrige Hassrede“ als Objekt der Regulierung ansieht. Die Bestimmung der Grenze zwischen legalen und rechtswidrigen Meinungsäußerungen überlässt der DSA damit weiterhin dem Gesetzgeber.

aa) Haftungsprivilegierung, Art. 4 ff. DSA

Hinsichtlich des Umgangs mit rechtswidrigen Inhalten übernimmt der DSA in Art. 4 ff. zunächst die aus Art. 12 ff. ECRL bekannten Haftungsprivilegierungen für Provider. Nach Art. 6 Abs. 1 DSA sollen Hosting-Provider nicht für rechtswidrige Inhalte auf ihren Plattformen haftbar gemacht werden können, solange sie von diesen Inhalten keine tatsächliche Kenntnis haben oder bei Kenntnis unverzüglich tätig werden, um den Inhalt zu löschen oder den Zugang zu sperren. Es besteht dabei nach Art. 8 DSA ausdrücklich keine allgemeine Pflicht der Anbieter zur Überwachung der gespeicherten bzw. veröffentlichten Informationen oder zur aktiven Suche nach rechtswidrigen Inhalten (vgl. Art. 15 ECRL). Nach dem englischen Wortlaut von Art. 8 DSA, der sich insoweit von Art. 15 ECRL unterscheidet, bezieht sich das Merkmal „general“ scheinbar nur noch auf die Pflicht zur Überwachung (zum Beispiel durch Filtersysteme), nicht aber auf die Pflicht zur aktiven Suche (zum Beispiel manuelle Nachkontrolle der Filterung). Das würde bedeuten, dass selbst im Einzelfall keine Pflicht zum aktiven Suchen von ähnlichen rechtswidrigen Inhalten entstehen darf, während jedoch eine Überwachung im Einzelfall angeordnet werden könnte.³⁰⁹ Der deutsche Wortlaut lässt dahingehend eine andere Auslegung zu, da der Begriff der „allgemeinen Verpflichtung“ auf beide Varianten bezogen werden kann. Auch aus ErwG 30 DSA ergibt sich nur, dass keine *allgemeine* Pflicht zur aktiven Nachforschung entstehen soll. Interessanterweise wurde die Formulierung an dieser Stelle im Vergleich zu ErwG 28 DSA-E abgeändert und das Wort „allgemein“ eingefügt, was darauf hindeutet, dass auch der englische Wortlaut so zu verstehen sein soll, dass sich das Merkmal „general“ auf beide Alternativen bezieht.

³⁰⁷ Die Definition reicht deshalb deutlich weiter als die Definition des rechtswidrigen Inhalts in § 1 Abs. 3 NetzDG, vgl. *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184, 188.

³⁰⁸ Teil III. A. I. 2. b).

³⁰⁹ Ausführlich hierzu *Holzner* CR 2021, 123, 127 f.; vgl. EuGH v. 03.10.2019 – C-18/18, Rn. 731 ff.

Ergreifen die Anbieter trotzdem freiwillig Maßnahmen zur Überwachung ihrer Plattformen, so statuiert Art. 6 DSA erstmals ausdrücklich, dass sie allein hierdurch nicht ihre Haftungsprivilegierung verlieren sollen („Gutes Samariter-Privileg“). Unklar bleibt indes, wie konkret die Anbieter mit rechtswidrigen Inhalten zu verfahren haben, von denen sie durch eigene Anstrengungen erfahren haben. Bleiben sie diesbezüglich frei von jeglicher Haftung oder bleibt möglicherweise eine bestimmte Zeit zum Löschen oder Sperren, bevor die Privilegierung entfällt?³¹⁰ Nach *Holznage*³¹¹ dürfte die Vorschrift insgesamt folgenlos bleiben, da auch durch das freiwillige Auffinden von rechtswidrigen Inhalten die Kenntnis i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSA begründet werden kann³¹². Im Ergebnis schützt Art. 6 DSA den Anbieter also lediglich davor, dass ihm *allein* aufgrund seiner freiwilligen Überwachung der Plattform der Status einer „aktiven Rolle“ bei der Verbreitung von Inhalten zugemessen wird, die nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH³¹³ zum Verlust der Haftungsprivilegierung führen würde.³¹⁴

Im Verhältnis zum Kommissionsentwurf wurde die Voraussetzung für das „Guter Samariter-Privileg“ allerdings dahingehend verschärft, dass die eigenen Untersuchungen „nach Treu und Glauben und sorgfältig“ durchgeführt werden müssen. Nach ErwG 26 DSA soll dadurch „ein objektives, nicht diskriminierendes und verhältnismäßiges Vorgehen unter gebührender Berücksichtigung der Rechte und berechtigten Interessen aller Beteiligten sowie erforderliche Schutzmaßnahmen gegen die ungerechtfertigte Entfernung rechtmäßiger Inhalte“ sichergestellt werden. Die Anbieter werden also zusätzlich motiviert, bei etwaigen eigenen Überwachungsmaßnahmen, zum Beispiel durch den Einsatz von automatisierten Werkzeugen, die Gefahren von „Overblocking“ angemessen zu reduzieren. Sollte beispielsweise ein Filtersystem zum Einsatz kommen, das regelmäßig auch zulässige Meinungsäußerungen herausfiltert, könnte der Anbieter Gefahr laufen, den Schutz aus Art. 6 DSA zu verlieren und wegen seiner „aktiven Rolle“ bei der Verbreitung von Inhalten auch vom Haftungsprivileg des Art. 6 Abs. 1 DSA ausgenommen zu sein.

bb) Meldeverfahren, Art. 16 DSA

Für alle Hosting-Provider ergänzt der DSA die Haftungsprivilegierungen erstmals um Vorgaben für die Benachrichtigung der Anbieter über rechtswidrige Inhalte auf ihren Plattformen („Notice-and-Action“). Nach Art. 16 DSA haben die Anbieter ein einfach auffindbares, benutzerfreundliches Verfahren bereitzustellen, das es jedermann (nicht nur registrierten Nutzern) erlaubt, auf elektronischem Weg rechtswidrige Inhalte auf der Plattform zu melden. Die Meldung soll dabei

³¹⁰ *Spindler*, GRUR 2021, 545, 550.

³¹¹ CR 2021, 123, 128.

³¹² Ebenso *Buiten*, Digital Services Act, 2021, S. 17.

³¹³ EuGH v. 23.03.2010 – C-236/08 bis C-238/08, Rn. 113; v. 12.07.2011 – C-324/09, Rn. 116; v. 15.09.2016 – C-484/14, Rn. 61; vgl. ErwG 18 DSA.

³¹⁴ *Buiten*, Digital Services Act, 2021, S. 17.

gem. Art. 16 Abs. 2 DSA einen bestimmten Katalog an Informationen zum Beschwerdeführer enthalten. Eine Benachrichtigung, die diese formalen Anforderungen erfüllt, begründet gem. Art. 16 Abs. 3 DSA die tatsächliche Kenntnis des Anbieters von einem rechtswidrigen Inhalt i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSA, sodass ab diesem Zeitpunkt dessen Haftungsprivilegierung entfallen kann und er unter Umständen als Störer gem. § 1004 BGB auf Löschung des Inhalts in Anspruch genommen werden kann, wenn keine unverzügliche Löschung erfolgt. Im Vergleich zum Kommissionsentwurf wurde die Begründung der tatsächlichen Kenntnis zusätzlich davon abhängig gemacht, dass die Meldung „es einem sorgfältig handelnden Anbieter von Hosting-Diensten [ermöglicht], ohne eingehende rechtliche Prüfung festzustellen, dass die einschlägige Tätigkeit oder Information rechtswidrig ist.“ Diese Ergänzung ist gerade im Bereich von Meinungsäußerungen von entscheidender Bedeutung, da bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit einer Meinungsäußerung regelmäßig eine komplexe Abwägung zwischen den abstrakt gleichrangigen Rechtsgütern Meinungsfreiheit, Ehrenschutz und öffentliche Sicherheit durchzuführen ist, die selbst für ausgebildete Juristen nicht ohne eingehende Prüfung möglich ist.³¹⁵ Wenn sich die Rechtswidrigkeit der Äußerung also nicht geradezu aufdrängt, dürfte die Haftungsprivilegierung regelmäßig nicht allein aufgrund einer Meldung nach Art. 16 Abs. 2 DSA erlöschen, sondern es kommt weiterhin darauf an, ob der Anbieter tatsächlich Kenntnis von der Rechtswidrigkeit der Äußerung erlangt, Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSA³¹⁶. Das neue Meldeverfahren begründet also für sich genommen keine entscheidend größere Motivation zur schnellen Löschung von kontroversen Meinungsäußerungen, sondern erlaubt dem Anbieter weiterhin die eigene Überprüfung der Rechtswidrigkeit einer Äußerung, bevor er mit einem Entfall der Haftungsprivilegierung zu rechnen hat.

Auch eine formal korrekte und nachvollziehbare Benachrichtigung nach Art. 16 DSA lässt indes nur die *Haftungsprivilegierung* entfallen, ohne für sich genommen bereits die Voraussetzungen für die *Haftung* des Providers nach den nationalen Bestimmungen auszulösen.³¹⁷ Inwiefern der Anbieter für den Inhalt konkret haftbar gemacht werden kann, bestimmt sich also weiterhin nach dem nationalen Recht. Im Übrigen schließt die Meldung nach Art. 16 DSA andere Formen der Kenntnisnahme i.S.v. Art. 6 Abs. 1 DSA nicht aus.³¹⁸

Art. 22 DSA sieht außerdem vor, dass die Meldungen bestimmter unabhängiger und hierfür besonders qualifizierter Einrichtungen („vertrauenswürdige Hinweisgeber“ bzw. „Trusted Flagger“) von Online-Plattformen mit Priorität behandelt werden sollen. Der Status des „Trusted flagger“ wird auf Antrag gem. Art. 22 Abs. 2 DSA vom Koordinator für digitale Dienste (KDD) des Staates

³¹⁵ Vgl. zum parallelen Problem im Rahmen des deutschen NetzDG *Guggenberger*, NJW 2017, 2577, 2578; *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1723.

³¹⁶ Die Kenntnis nach Art. 14 Abs. 1 ECRL bzw. Art. 6 Abs. 1 DSA muss sich nach überzeugender Ansicht nicht nur auf die Information selbst sondern auch auf deren Rechtswidrigkeit beziehen, *Spindler*, ZUM 2017, 473, 480 f., m.w.N.

³¹⁷ *Holznapel* CR 2021, 123, 126; zu den Voraussetzungen der Störerhaftung nach deutschem Recht BGH, EuGH-Vorlage v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, Rn. 49; *Wagner*, GRUR 2020, 329, 333 ff.

³¹⁸ *Holznapel* CR 2021, 123, 126.

verliehen, wo die Einrichtung ihren Sitz hat, wenn diese ihre Qualifikation und Unabhängigkeit nachweist. Derartige Programme werden heute bereits von einigen Plattformen auf freiwilliger Basis praktiziert³¹⁹ und sollen damit künftig unter staatlicher Aufsicht stehen, wodurch eine Maßnahme der gesellschaftlichen Selbstregulierung in eine Form der Regulierten Selbstregulierung überführt wird.

cc) Vorgaben für Entscheidungen über gemeldete Inhalte

Hat der Anbieter von einem möglicherweise rechtswidrigen Inhalt auf seiner Plattform Kenntnis erlangt, muss er entscheiden, wie er mit diesem verfahren will, insbesondere ob er ihn löscht oder den Zugang zu ihm sperrt. Der DSA macht den Anbietern für diese Entscheidung in Art. 16 Abs. 6 DSA lediglich die formale Vorgabe, dass die Entscheidung zeitnah, sorgfältig, frei von Willkür und objektiv zu erfolgen hat. Auch eine Entscheidung durch automatisierte Verfahren wird implizit als zulässig anerkannt. Der europäische Gesetzgeber hat damit einen grundsätzlich anderen Weg eingeschlagen als der deutsche Gesetzgeber mit dem NetzDG³²⁰: Zum Einen sieht Art. 16 Abs. 6 DSA keine strengen Fristen wie § 3 Abs. 2 Nrn. 2, 3 NetzDG vor. Der wichtigste Unterschied liegt jedoch darin, dass im DSA nirgends eine ausdrückliche gesetzliche Verpflichtung des Anbieters zur selbständigen Löschung von rechtswidrigen Inhalten vorgesehen ist.³²¹ Selbst im Falle einer hoheitlichen Löschanordnung normiert Art. 9 DSA lediglich eine Informationspflicht des Anbieters. Die Pflicht zur *Befolgung* der (behördlichen oder gerichtlichen) Anordnung ergibt sich hingegen allein aus dem jeweiligen nationalen Recht.³²² Möglicherweise hat die kontroverse Diskussion um die Löschpflichten des NetzDG in Deutschland³²³ den Anlass dazu gegeben, von der ausdrücklichen Normierung solcher Löschpflichten im DSA abzusehen. Die europäischen Vorschriften verfolgen damit ein anderes Regulierungskonzept, indem sie die eigenen Bemühungen der Intermediäre um die Durchsetzung ihrer Nutzungsbedingungen und den impliziten Handlungsdruck durch den Verlust der Haftungsprivilegierung als ausreichende Motivation für eine effektive Durchsetzung des geltenden Rechts durch die Intermediäre ansehen.

Eine weitere bedeutsame Regelung enthält Art. 14 Abs. 4 DSA, welcher alle Provider dazu verpflichtet, bei der Durchsetzung³²⁴ ihrer eigenen Nutzungsbedingungen in objektiver, sorgfältiger und verhältnismäßiger Weise zu entscheiden und dabei auch die berechtigten Interessen und Grundrechte der beteiligten Parteien angemessen zu berücksichtigen, etwa das Recht auf freie

319 Vgl. bspw. <https://support.google.com/youtube/answer/7554338?hl=de>.

320 Vgl. *Härtig/Adamek*, CR 2021, 165.

321 BR-Drs. 96/21, S. 8; *Härtig/Adamek*, CR 2021, 165; in diese Richtung auch *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184, 188 f.; a.A. wohl *Kaesling*, ZUM 2021, 177, 180, die eine eigenständige Pflicht zur Unzugänglichmachung rechtswidriger Inhalte sieht.

322 *Holznagel* CR 2021, 123, 128 f.

323 Teil III. A. III. 1.

324 Nicht hingegen bei ihrer inhaltlichen Gestaltung, vgl. *Peukert* in *Richter/Straub/Tuchtfeld*, To Break Up or Regulate Big Tech?, 2021, S. 23.

Meinungsäußerung sowie Medienfreiheit und -pluralismus. ErwG 52 DSA macht deutlich, dass damit der komplexe Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen aller Beteiligten im Plattformnutzungsverhältnis gefördert werden soll, insbesondere die Abwägung zwischen der Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer und den unternehmerischen Interessen der Anbieter. Art. 14 Abs. 4 DSA schreibt somit auf europäischer Ebene erstmals gesetzlich fest, was im deutschen Recht bereits unter dem Begriff der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht³²⁵ praktiziert wird. Die europäische Regelung geht dabei sogar noch einen Schritt weiter, indem sie diese Pflicht für alle Anbieter digitaler Vermittlungsdienste, unabhängig von deren Marktmacht und Meinungsbildungsrelevanz, festlegt.³²⁶ Die Frage der individuellen Angewiesenheit des Nutzers auf die konkrete Plattform wird jedoch bei der Gewichtung und Abwägung der widerstreitenden Interessen entsprechend zu berücksichtigen sein.³²⁷

Entscheidet sich der Anbieter für die Löschung eines Inhalts, egal ob er diesen als rechtswidrig oder nur als Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen ansieht, oder für eine andere Sanktion i.S.v. Art. 17 Abs. 1 DSA, wie etwa die Demonetarisierung oder gar den Ausschluss des Nutzers, so hat er den betroffenen Nutzer gem. Art. 17 DSA spätestens im Zeitpunkt der Verhängung der Beschränkung über die konkreten Gründe der Maßnahme zu informieren.³²⁸ Die Begründung hat gem. Art. 17 Abs. 3 DSA eine Reihe von Informationen zu enthalten, insbesondere die verletzte Gesetzesnorm oder Vertragsklausel, auf die die Maßnahme gestützt wird. Der Nutzer ist dabei auch im Sinne einer umfassenden „Rechtsbehelfsbelehrung“ in klarer und benutzerfreundlicher Weise über alle Abhilfemöglichkeiten gegen die getroffene Entscheidung zu informieren und zwar sowohl über die Möglichkeiten außergerichtlicher Streitbeilegung gem. Art. 20, 21 DSA als auch über gerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten, was insbesondere die zivilrechtliche Wiederherstellungsklage betrifft. Diese „Rechtsbehelfsbelehrung“ hat gem. Art. 17 Abs. 3 S. 2 DSA ausreichende Informationen zu enthalten, um den Nutzer zur effektiven Ausübung dieser Rechtsschutzmöglichkeiten zu befähigen, wobei zum Beispiel an das zuständige Gericht oder zumindest den richtigen Rechtsweg zu denken ist.

Eine gesetzliche Vorgabe für Sanktionen gegen Nutzer, die eine Plattform wiederholt zum Veröffentlichen rechtswidriger Inhalte nutzen, enthält Art. 23 Abs. 1 DSA. Demnach sollen Anbieter verpflichtet sein, die Möglichkeit zur Nutzung der Plattform zeitweise zu suspendieren, wenn ein Nutzer wiederholt offenkundig³²⁹ rechtswidrige Inhalte einstellt. Vor der Suspendierung hat eine Warnung an den Nutzer zu ergehen. Spiegelbildlich dazu enthält Art. 23 Abs. 2 DSA die Pflicht, bei wiederholten unbegründeten Beschwerden gem. Art. 16 oder 17 DSA die Möglichkeit zum Einreichen solcher Beschwerden zu suspendieren. ErwG 64 DSA stellt jedoch klar, dass die

³²⁵ BVerfGE 7, 198, Rn. 28 ff. - „Lüth“; BVerfGE 148, 267, Rn. 32 - „Stadionverbot“.

³²⁶ *Spindler*, GRUR 2021, 545, 551.

³²⁷ Vgl. *Peukert* in *Richter/Straub/Tuchtfeld*, To Break Up or Regulate Big Tech?, 2021, S. 22.

³²⁸ Eine vorherige Anhörung ist nicht vorgesehen, vgl. *Spindler*, GRUR 2021, 545, 553.

³²⁹ Nach ErwG 63 DSA liegt Offenkundigkeit vor, wenn für einen (juristischen) Laien ohne eingehende Prüfung offensichtlich ist, dass der Inhalt rechtswidrig ist; vgl. auch § 3 Abs. 2 Nr. 2 NetzDG.

gesetzlichen Vorgaben in Art. 23 DSA lediglich eine Art „Mindeststandard“ darstellen sollen und die Anbieter grundsätzlich frei sind, schärfere Regeln für die Unterbindung von rechtswidrigen Inhalten in ihren Nutzungsbedingungen festzulegen.³³⁰ Die Vorschrift bezieht sich ihrem Wortlaut nach nur auf den Umgang mit *rechtswidrigen* Inhalten, nicht jedoch auf bloße Verstöße gegen die Nutzungsbedingungen der Plattform. ErwG 64 DSA erwähnt jedoch, dass auch die Möglichkeiten zum Vorgehen gegen solche Verstöße durch Art. 23 DSA nicht eingeschränkt werden sollen.

Soweit die Anbieter eigene, schärfere Regeln für den Umgang mit Missbrauch aufstellen, sind diese in jedem Fall gem. Art. 23 Abs. 4 DSA klar und detailliert in den Nutzungsbedingungen der Plattform darzustellen. Interessanterweise wurde in der Fassung des Gesetzes, welche dem Europaparlament zur Abstimmung vorlag, hier ein Verweis auf die Verpflichtung zur Achtung von Nutzergrundrechten gem. Art. 14 Abs. 4 DSA eingefügt. Das ist insofern von Bedeutung, als in Art. 14 Abs. 4 DSA eigentlich nur die *Anwendungskontrolle* der Nutzungsbedingungen geregelt ist. In Art. 23 Abs. 4 DSA geht es jedoch um die Gestaltung dieser Nutzungsbedingungen. Der Verweis war deshalb dahingehend zu interpretieren, dass auch eine an Art. 14 Abs. 4 DSA zu messende *Inhaltskontrolle* vorzunehmen sei, soweit es sich um Regeln für den Umgang mit häufigen und offensichtlich rechtswidrigen Inhalten geht. Dieser Passus wurde jedoch in der endültigen Fassung des Gesetzes wieder entfernt. Der europäische Gesetzgeber wollte also anscheinend die Inhaltskontrolle der Nutzungsbedingungen am Maßstab der Grundrechte ausdrücklich nicht einfachgesetzlich vorschreiben.

dd) Außergerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten, Art. 20, 21 DSA

Während reine Hosting-Provider nur das Meldeverfahren nach Art. 16 DSA bereitstellen und ihre Entscheidungen nach Art. 17 DSA müssen, haben die Anbieter von Online-Plattformen zusätzlich ein internes Beschwerdemanagement nach Art. 20 DSA für Nutzer anzubieten, deren Inhalte gelöscht oder deren Nutzung der Plattform eingeschränkt wird. Dem betroffenen Nutzer muss für 6 Monate die Möglichkeit eingeräumt werden, auf einfachem und elektronischem Weg eine für ihn kostenfreie Beschwerde gegen die Maßnahme des Anbieters einzureichen. Die Beschwerdefrist beginnt nach Art. 20 Abs. 2 DSA erst mit der ordnungsgemäßen Begründung einer Maßnahme nach Art. 17 DSA zu laufen. Bei einer nicht oder nur unzureichend begründete Maßnahme kann die Frist deshalb auch überschritten werden.

Art. 20 Abs. 4 DSA verpflichtet den Anbieter zur zeitnahen, sorgfältigen, willkür- und diskriminierungsfreien Bearbeitung der Beschwerde. Die Entscheidung über die Beschwerde muss unter der Aufsicht von angemessen qualifiziertem Personal getroffen werden und darf nicht allein mit automatisierten Mitteln erfolgen, Art. 20 Abs. 6 DSA. Wenn der Anbieter ausreichende Gründe dafür sieht, dass das Verhalten des Nutzers doch nicht gegen ein Gesetz oder die

³³⁰ Spindler, GRUR 2021, 545, 555.

Nutzungsbedingungen verstößt, soll er seine Maßnahme unverzüglich rückgängig machen. Die Formulierung der Norm legt nahe, dass hierdurch kein selbständiger, gesetzlicher Wiederherstellungsanspruch des Nutzers begründet werden soll³³¹, da die Rücknahme der Maßnahme letztlich von der subjektiven Beurteilung des Anbieters abhängig gemacht wird („sufficient grounds for the online platform to consider...“). Rechtsgrund für die Wiederherstellung bleibt also das Vertragsverhältnis. Implizit bestätigt diese Vorschrift jedoch zumindest, dass Löschungen und Sperrungen nur bei objektiven Verstößen gegen Gesetz oder Nutzungsbedingungen in Frage kommen und nicht willkürlich verhängt werden dürfen.

Darüber hinaus steht betroffenen Nutzern, inklusive meldender Personen, die Möglichkeit zur Verfügung, ein Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung gem. Art. 21 DSA zu betreiben, um gegen Maßnahmen des Anbieters i.S.v. Art. 20 Abs. 1 DSA vorzugehen. Eine vorherige Ausschöpfung der Beschwerdemöglichkeit nach Art. 20 DSA ist zwar möglich, jedoch nicht erforderlich. Das Verfahren kann von dem Nutzer selbständig bei einer zertifizierten Streitbeilegungsstelle seiner Wahl eingeleitet werden. Schlichtungsstellen werden gem. Art. 21 Abs. 2 DSA auf Antrag vom KDD ihres Heimatstaates zertifiziert, wenn sie die hierfür erforderliche Unparteilichkeit, Expertise und Effizienz besitzen, und können gem. Art. 21 Abs. 6 DSA auch von den Mitgliedstaaten selbst eingerichtet oder unterstützt werden.

Beide Parteien sind nach Art. 21 Abs. 2 DSA zur Zusammenarbeit mit der ausgewählten Streitbeilegungsstelle nach Treu und Glauben verpflichtet. Der Anbieter kann die Zusammenarbeit nur verweigern, wenn die Streitigkeit schon anderweitig anhängig ist (ErwG 59 DSA) oder bereits beigelegt wurde. Eine wichtige Änderung im Vergleich zum Kommissionsentwurf liegt darin, dass die Streitbeilegungsstelle nicht befugt ist, den Parteien eine bindende Entscheidung aufzuerlegen. Im ursprünglichen Entwurf war hier noch eine Bindungswirkung für den Anbieter vorgesehen. Die außergerichtliche Streitbeilegung verliert dadurch als Alternative zum gerichtlichen Vorgehen deutlich an Bedeutung, da der Nutzer keine Gewähr dafür hat, dass überhaupt eine Beilegung der Streitigkeit erfolgt. Die Teilnahmepflicht des Anbieter sorgt jedoch zumindest dafür, dass ein relativ einfacher und risikofreier Weg zur Verfügung steht, um eine unabhängige Stelle über den Streit entscheiden zu lassen. Die Streitbeilegungsstelle stellt den Parteien ihren Lösungsvorschlag innerhalb von 90 Kalendertagen zur Verfügung. In jedem Fall bleiben die Möglichkeiten des Nutzers zur Anrufung der Gerichte von diesem Verfahren unberührt, Art. 21 Abs. 1 S. 3 DSA.

Um die Hemmschwelle für die Anrufung einer außergerichtlichen Streitbeilegungsstelle möglichst niedrig zu halten, bestimmt Art. 21 Abs. 5 DSA, dass dem Nutzer bei Obsiegen alle Verfahrenskosten vollständig durch den Anbieter zu ersetzen sind, während der Nutzer bei einer Niederlage nur im Falle der Böswilligkeit die Kosten des Anbieters zu ersetzen hat. Die Anrufung

³³¹ *Spindler*, GRUR 2021, 653, 654; vgl. *Kaesling*, ZUM 2021, 177, 182, die die gesetzliche Normierung eines Wiederherstellungsanspruchs fordert; anders *Kühling*, ZUM 2021, 461, 469, der einen solchen Anspruch in Art. 20 DSA erkennt und dabei (wohl irrtümlich) auf *Kaesling* verweist.

der Streitbeilegungsstelle soll für den Nutzer kostenfrei oder nur gegen eine geringe Schutzgebühr möglich sein. Die Anrufung bringt für den Nutzer also kein erhebliches finanzielles Risiko mit sich.

c) Besondere Pflichten für sehr große Online-Plattformen

Ein zentraler Bestandteil des neuen europäischen Regulierungskonzepts sind die besonderen Pflichten für sehr große Online-Plattformen nach Art. 34 ff. DSA, die dazu dienen sollen, die systemischen Risiken zu begrenzen, die sich aus der neuartigen digitalen Plattformökonomie ergeben. Da die Funktionsweise der großen Plattformen auf dem gewinnorientierten Geschäftsmodell von privaten Anbietern beruht, wird eine zusätzliche Regulierung dieser Intermediäre als erforderlich angesehen, um sicherzustellen, dass diese auch den gesellschaftlichen Problemen Rechnung tragen, die durch ihre Plattformen verursacht werden, ErwG 79 DSA. Für sehr große Online-Plattformen i.S.v. Art. 33 DSA sind deshalb zusätzliche (öffentlich-rechtliche³³²) Compliance-Pflichten vorgesehen. Hat eine Online-Plattform die relevante Anzahl an aktiven Nutzern überschritten, wird sie von der Kommission gem. Art. 33 Abs. 4 DSA durch Beschluss als sehr große Online-Plattform benannt und in eine Liste aller sehr großer Online-Plattformen aufgenommen, die im Amtsblatt der EU veröffentlicht wird. Die Vorschriften der Art. 34 ff. DSA finden vier Monate nach Mitteilung dieses Beschlusses an den Plattformanbieter Anwendung.

aa) Bewertung systemischer Risiken, Art. 34 DSA

Die großen Intermediäre werden zunächst nach Art. 34 Abs. 1 DSA dazu verpflichtet, selbständig alle systemischen Risiken, die sich aus der spezifischen Konzeption, dem Betrieb und der Nutzung ihrer Plattformen ergeben, zu identifizieren, zu analysieren und zu bewerten. Im Vergleich zum Kommissionsentwurf wurde der Wortlaut hier leicht verschärft, da zunächst nur die „erheblichen“ systemischen Risiken analysiert werden sollten. Außerdem wurde als Anknüpfungspunkt die Konzeption der Plattform, einschließlich algorithmischer Systeme, hinzugefügt. Die Pflicht zur Evaluation systemischer Risiken sollte also umfassend gestaltet werden und möglichst alle denkbaren Ursachen für das Entstehen solcher Risikopotentiale abdecken. Hinzugekommen ist außerdem die Pflicht, die Evaluation in jedem Fall *vor* der Einführung von voraussichtlich risikobehafteten Funktionen durchzuführen. Art. 34 Abs. 2 DSA nennt vier Risikokomplexe, welche die Bewertung in jedem Fall miteinbeziehen soll:

1. Die Verbreitung rechtswidriger Inhalte mithilfe der Plattform, wobei ErwG 80 DSA vor allem die Amplifikation solcher Inhalte durch Nutzer mit hoher Reichweite als systemischen Risikofaktor identifiziert.

³³² Spindler, GRUR 2021, 653, 659.

2. Die tatsächliche oder vorhersehbare Beeinträchtigung der Ausübung von Grundrechten wie der Meinungs- und Informationsfreiheit, etwa durch eine Gestaltung der Algorithmen oder andere Wirkungsweisen, welche die Unterdrückung bestimmter Meinungen oder die Verzerrung des Wettbewerbs zur Folge haben (Vgl. ErwG 81 DSA). Im Unterschied zum Kommissionsentwurf wurden an dieser Stelle auch noch die Achtung der Menschenwürde sowie Medienfreiheit und -pluralismus in die Aufzählung aufgenommen;

3. Alle tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte und auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit. An dieser Stelle wurde der Wortlaut im Vergleich zum Kommissionsentwurf ganz erheblich erweitert. Dort war lediglich von der „vorsätzlichen Manipulation“ der Dienste mit Auswirkungen auf die gesellschaftliche Debatte, usw. die Rede. Die endgültige Formulierung ist vor allem deshalb problematisch, weil keine Anhaltspunkte dafür erkennbar sind, was als „nachteilige Auswirkung auf die gesellschaftliche Debatte“ anzusehen wäre. Auch ErwG 82 DSA bietet hierüber keinen Aufschluss. Die Formulierung erlaubt es den Plattformanbietern deshalb letztlich, selbst zu entscheiden, welche möglichen Entwicklungen der gesellschaftlichen Debatte sie als „nachteilig“ beurteilen, was einen gefährlich weiten Raum für Manipulationen der gesellschaftlichen Debatte durch eben diese Plattformanbieter eröffnet.³³³ So erscheint es beispielsweise nicht fernliegend, dass ein Anbieter etwa die Verbreitung bestimmter Meinungsäußerungen zu einem kontrovers diskutierten Thema als „nachteilige Auswirkung“ bewertet, da er selbst von der Richtigkeit der Gegenposition überzeugt ist oder diese seinem Interesse entspricht. Gerade dieses Manipulationspotential gehört jedoch zu den maßgeblichen Gefahren, welche die großen privaten Intermediäre für die öffentliche Meinungsbildung begründen,³³⁴

4. Alle tatsächlichen oder absehbaren nachteiligen Auswirkungen in Bezug auf geschlechtsspezifische Gewalt, den Schutz der öffentlichen Gesundheit, Minderjährige und schwerwiegende nachteilige Folgen für das körperliche und geistige Wohlbefinden einer Person. Auch hier wurde der Wortlaut im Vergleich zum Kommissionsentwurf deutlich erweitert. Fraglich ist insbesondere, warum hier gerade der Aspekt der geschlechtsspezifischen Gewalt hervorgehoben wird, während andere Formen von Gewalt keine Erwähnung finden. Beim Schutz der öffentlichen Gesundheit sind offensichtlich die jüngsten Erfahrungen der Corona-Pandemie mit eingeflossen, da in ErwG 83 DSA das Risiko „koordinierte[r] Desinformationskampagnen im Zusammenhang mit der öffentlichen Gesundheit“ hervorgehoben wird. Es drängt sich das Beispiel der öffentlichen Diskussion über die Wirksamkeit und Folgen der diversen Impfstoffe während der Corona-Pandemie auf. Auch hier wird jedoch ein bedenkenswerter Spielraum für Manipulationen durch die Plattformanbieter eröffnet, da diese faktisch darüber entscheiden sollen, welche Informationen zu einer anhaltenden wissenschaftlichen und medizinischen Diskussion Verbreitung finden sollen

³³³ Vgl. *Peukert in Richter/Straub/Tuchtfeld, To Break Up or Regulate Big Tech?*, 2021, S. 23.

³³⁴ Teil I. B. II.

oder als „Desinformation“ behandelt werden. Gerade in so kritischen Angelegenheit des Allgemeinwohls wie der öffentlichen Gesundheit kann es jedoch nicht den Intermediären überlassen werden, den gesellschaftlichen Diskurs durch ihre Risikoanalysen in eine bestimmte Richtung zu steuern. Hierfür besitzen sie weder die fachliche Qualifikation noch die demokratische Legitimation.

Art. 34 Abs. 2 DSA spezifiziert weiterhin, welche Faktoren bei der Bewertung der Risikopotentiale berücksichtigt werden sollen, darunter die Gestaltung von algorithmischen Empfehlungssystemen, die Moderation von Inhalten und die anwendbaren allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hervorgehoben wird an dieser Stelle auch die vorsätzliche Manipulation des Dienstes durch automatisierte Ausnutzung (Stichwort „Social Bots“). Zudem soll berücksichtigt werden, inwieweit die Risiken durch die Verbreitung von Informationen beeinflusst werden, welche gegen die plattformeigenen Nutzungsbedingungen verstoßen.

bb) Minderung systemischer Risiken, Art. 35 DSA

Ausgehend von ihrer Risikoanalyse werden die Intermediäre nach Art. 35 Abs. 1 DSA dazu verpflichtet, angemessene, verhältnismäßige und effektive Maßnahmen zur Abmilderung der identifizierten Risikopotentiale zu ergreifen. Die Wahl der konkreten Maßnahmen liegt dabei zunächst beim Intermediär selbst; das Gesetz gibt lediglich eine Reihe von Empfehlungen für mögliche Maßnahmen, darunter etwa die Anpassung der Systeme zur Moderation und Empfehlung von Inhalten oder der Nutzungsbedingungen, die Beschränkung von Werbeanzeigen, die Zusammenarbeit mit „Trusted Flaggern“ oder die Orientierung an Verhaltenskodizes und Krisenprotokollen i.S.v. Art. 45, 48 DSA. Die Liste der empfohlenen Maßnahmen wurde im Vergleich zum Kommissionsentwurf noch einmal erweitert und benennt nun auch ausdrücklich die schnellere Bearbeitung von Meldungen und nötigenfalls rasche Entfernung rechtswidriger Inhalte, insbesondere im Hinblick auf „rechtswidrige Hetze oder Cybergewalt“. Welche Verhaltensweisen mit diesen Begriffen, die keine Rechtsbegriffe sind, konkret gemeint sein soll, bleibt jedoch etwas unklar³³⁵. In der endgültigen Fassung des Gesetzes werden die Anbieter außerdem ausdrücklich dazu angehalten, die Auswirkungen ihrer Maßnahmen auf die Grundrechte besonders zu berücksichtigen, was im Hinblick auf die deutlich erweiterten Bewertungskriterien in Art. 34 DSA zu begrüßen ist. Nach ErwG 90 DSA soll dabei ein besonderes Augenmerk auf das Recht auf freie Meinungsäußerung gelegt werden.

Bei der Wahl der geeigneten Maßnahmen werden die Intermediäre auch durch die europäischen Behörden unterstützt, indem gem. Art. 35 Abs. 2 DSA jährliche Berichte veröffentlicht werden sollen, welche die bedeutendsten und am häufigsten identifizierten Risikopotentiale sowie

³³⁵ Zu denken wäre z.B. an strafbare Äußerungen nach § 130 StGB (Volksverhetzung) oder § 147a StGB (verhetzende Beleidigung).

die besten Maßnahmen zur Milderung dieser Risiken zusammenfassen. Auch die Kommission kann nach Art. 35 Abs. 3 DSA generelle Richtlinien zur Empfehlung angemessener Maßnahmen gegen spezifische Risiken erlassen.

Mit diesen Vorschriften verfolgt der europäische Gesetzgeber ein Regulierungskonzept, das eher der Regulierten Selbstregulierung zuzuordnen ist als der imperativen Regulierung³³⁶. Den Intermediären wird die Verantwortung übertragen, selbst die nötigen Anstrengungen zu unternehmen, um die mit ihren Plattformen zusammenhängenden, systemischen Risiken zu analysieren und angemessene Lösungen für diese Probleme zu finden. Es wird den Intermediären damit einerseits zur Aufgabe gemacht, eigenverantwortlich die gesellschaftlichen Risikopotentiale ihres Geschäftsmodells zu evaluieren und hierüber Rechenschaft abzulegen. Andererseits werden ihnen keine unmittelbaren Vorgaben für die Bewältigung dieser Risiken gemacht, sondern sie werden angehalten, selbständig angemessene Lösungen zu finden. Die Intermediäre sollen also die Verantwortung dafür tragen, Risiken zu identifizieren und erforderliche Gegenmaßnahmen festzulegen, was bei der imperativen Regulierung Aufgabe des Staates wäre³³⁷. Sie besitzen damit aber auch größere Freiheit als bei einer imperativen Regulierung, da sie durch ihre Risikoanalyse selbst den Maßstab für die erforderlichen Gegenmaßnahmen bestimmen können. Zudem bleibt ihnen im ersten Schritt die Auswahl der konkreten Gegenmaßnahmen überlassen.

Diese relative Freiheit birgt jedoch das Risiko, dass die Intermediäre in diesen sensiblen Fragen nach ihren eigenen Interessen entscheiden und die vermeintliche Regulierung damit neue Spielräume für die Intermediäre eröffnet, um durch ihre eigenen Risikoanalysen Maßnahmen mit weitreichenden Konsequenzen für die Meinungsbildung zu legitimieren.³³⁸ Mit der endgültigen Fassung des Gesetzes hat diese Problematik noch einmal an Gewicht gewonnen, da die zu bewertenden Risiken in Art. 34 Abs. 1 DSA deutlich weiter gefasst wurden und damit auch der Beurteilungsspielraum der Intermediäre wächst. Bei der Bewertung der Risikopotentiale kommt den Intermediären zwangsläufig ein Ermessensspielraum zu, der nicht vollumfänglich überprüfbar ist. Die Risikoanalyse sollte deshalb auf keinen Fall alleine den Intermediären überlassen werden, sondern stets von einer wissenschaftlichen und gesellschaftlichen Debatte begleitet und nötigenfalls auch korrigiert werden.

Durch das Angebot des Anschlusses an staatlich ausgearbeitete Verhaltenskodizes und Krisenprotokolle i.S.v. Art. 45, 48 DSA wird den Intermediären außerdem die Möglichkeit gegeben, freiwillig ein Stück ihrer Regulierungsverantwortung an den Staat abzugeben, womit ein weiteres Instrumentarium der Regulierten Selbstregulierung zur Anwendung kommt.

336 Zur Abgrenzung s. Teil I. A. IV. 2.

337 *Eifert*, Regulierungsstrategien, 2012, Rn. 25.

338 Kritisch auch *Peukert* in *Richter/Straub/Tuchtfeld*, To Break Up or Regulate Big Tech?, 2021, S. 23.

cc) Krisenreaktionsmechanismus, Art. 36 DSA

Im Vergleich zum ursprünglichen Kommissionsentwurf wurde das Risikomanagement nach Art. 34, 35 DSA außerdem um einen besonderen Krisenreaktionsmechanismus gem. Art. 36 DSA ergänzt. Eine Krise im Sinne dieser Vorschrift liegt nach Art. 36 Abs. 2 DSA vor, wenn außergewöhnliche Umstände eintreten, die zu einer schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit in der Union führen. ErwG 91 DSA nennt als Beispiele solcher Krisen etwa bewaffnete Konflikte oder terroristische Handlungen, Naturkatastrophen und Pandemien. Vor dem Hintergrund der letzten Jahre dürften vor allem die Corona-Pandemie und die Invasion der Ukraine durch Russland den Anlass für den verstärkten Fokus auf solche Krisensituationen gegeben haben.

Im Falle einer solchen Krise kann die Kommission gem. Art. 36 Abs. 1 DSA auf Empfehlung des Gremiums (Art. 48 DSA) einen Beschluss fassen, mit dem die Anbieter von sehr großen Online-Plattformen dazu verpflichtet werden, zu bewerten, wie der Betrieb und die Nutzung ihrer Plattformen zu der schwerwiegenden Bedrohung beiträgt, sowie Maßnahmen zu ergreifen, um diesen Beitrag zu verhindern, zu beseitigen oder zu begrenzen, und hierüber Bericht an die Kommission zu erstatten. Bei der Beschlussfassung hat die Kommission nach Art. 36 Abs. 3 DSA sicherzustellen, dass die geforderten Maßnahmen, gemessen an der konkreten Bedrohung, unbedingt erforderlich, gerechtfertigt und verhältnismäßig sind, insbesondere im Hinblick auf die Wahrung der Grundrechte aller betroffenen Parteien. Für die Implementierung der Maßnahmen ist eine angemessene Frist vorzusehen und die Maßnahmen sind auf maximal 3 Monate zu begrenzen. Eine Verlängerung um maximal 3 weitere Monate kann nach Art. 36 Abs. 8 lit. b) DSA beschlossen werden.

Die konkrete Auswahl der Maßnahmen steht jedoch nach Art. 36 Abs. 5 DSA weiterhin im Ermessen des Plattformanbieters. Bei der Ermittlung und Anwendung von Maßnahmen berücksichtigen die Anbieter die Schwere der konkreten Krise, die Dringlichkeit der Maßnahmen und die tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen auf die Rechte und berechtigten Interessen aller betroffenen Parteien, einschließlich des möglichen Versäumnisses, bei den Maßnahmen die Grundrechte zu achten. Die Anwendung der Maßnahmen inklusive der Einhaltung des vorgenannten Verhältnismäßigkeitsmaßstabs wird gem. Art. 36 Abs. 7 DSA von der Kommission überwacht.

Diese neue Vorschrift könnte potentiell weitreichende Folgen für die gesellschaftliche Debatte in Zeiten von Krisensituationen entfalten. Bedenklich ist dabei, dass die Herrschaft über das Verfahren alleine bei der Kommission liegt, deren Entscheidungen nur bedingt einer gerichtlichen oder parlamentarischen Kontrolle unterliegen: Für die Unionsbürger, die durch die verordneten Maßnahmen gegebenenfalls betroffen sind, stehen keine Rechtsbehelfe zur Verfügung, um den Beschluss der Kommission gerichtlich überprüfen zu lassen, da sich dieser nicht unmittelbar und

individuell an sie richtet (keine individuelle Nichtigkeitsklage, Art. 263 Abs. 4 AEUV). Sollten die von den Intermediären implementierten Maßnahmen tatsächlich die Grundrechte von Unionsbürgern verletzen, wären diese auf ein nachträgliches gerichtliches Vorgehen gegen die Intermediäre angewiesen, das mit entsprechendem finanziellen Risiko behaftet ist und im Angesicht der maximal 6-monatigen Geltungsfrist des Beschlusses oft nicht effektiv sein wird. Art. 36 Abs. 11 DSA sieht zwar eine jährliche Berichterstattung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat über die getroffenen Maßnahmen vor, aber keinen weitergehenden Kontrollmechanismus.

dd) Audits und Compliance, Art. 37, 41 DSA

Auch bei der Beaufsichtigung der sehr großen Online-Plattformen orientieren sich die neuen Regeln an den Steuerungsinstrumenten der Regulierten Selbstregulierung. So soll die Einhaltung der Vorschriften des DSA durch die großen Intermediäre zusätzlich im Rahmen jährlicher Audits gem. Art. 37 DSA überprüft werden, die auf Kosten der Intermediäre durch unabhängige Organisationen durchgeführt werden. In Ermangelung einer ausdrücklichen Regelung liegt die Wahl des Auditors wohl beim Intermediär, welcher auch die Kosten zu tragen hat. Gegenstand der Audits soll gem. Art. 37 Abs. 1 DSA sowohl die Einhaltung der gesamten Pflichten des dritten Kapitels sein (Art. 11 – 48 DSA) als auch die Übereinstimmung mit den Verhaltenskodizes und Krisenprotokollen gem. Art. 45 – 48 DSA, zu deren Befolgung sich der Intermediär freiwillig verpflichtet hat. Die Audits sind durch private Organisationen im Sinne von Art. 37 Abs. 3 DSA durchzuführen, welche die nötige Unabhängigkeit besitzen, ihre ausreichende Expertise (vor allem im Umgang mit Algorithmen) nachgewiesen haben und hinsichtlich ihrer Objektivität und Berufsethik etablierten Standards genügen. Um ihre Aufgabe zu erfüllen, sollen die Auditoren nach Art. 37 Abs. 2 DSA Zugriff auf alle relevanten Daten des Intermediärs erhalten. In der endgültigen Fassung des Gesetzes wurde in Art. 37 Abs. 7 DSA außerdem eine Befugnis der Kommission zum Erlass von delegierten Rechtsakten aufgenommen, um Vorschriften für das Prüfungsverfahren zu ergänzen.

Das Ergebnis der Prüfung soll vom Auditor in einem schriftlichen Bericht gem. Art. 37 Abs. 4 DSA festgehalten werden. Der Bericht soll eine abschließende Meinung zur Einhaltung der relevanten Vorschriften enthalten, die entweder positiv, positiv mit Kommentaren oder negativ ausfällt. Bei einem nicht rein positiven Ergebnis sollen außerdem Empfehlungen für spezifische Maßnahmen zur Verbesserung der Compliance abgegeben werden. Der Bericht des Auditors entfaltet für den Intermediär jedoch keine direkte Bindungswirkung. Der Intermediär hat hierauf gem. Art. 37 Abs. 6 DSA innerhalb eines Monats mit einem eigenen Bericht zur Umsetzung des Audits zu reagieren, wobei er die empfohlenen Maßnahmen auch ablehnen kann. In diesem Fall ist er jedoch verpflichtet, seine Entscheidung zu rechtfertigen und alternative Maßnahmen zu

benennen, mit denen er den festgestellten Regelabweichungen begegnen will („Comply-or-Explain“).

Die großen Intermediäre sind ferner nach Art. 41 DSA verpflichtet, eine unternehmensinterne Compliance-Abteilung einzurichten, die unabhängig von den operativen Funktionen ist und aus einem oder mehreren Compliance-Beauftragten besteht. Der Leiter der Compliance-Abteilung untersteht direkt dem Leitungsorgan des Unternehmens und ist ansonsten unabhängig. Neben der internen Information und Aufsicht des Unternehmens sind die Compliance-Beauftragten nach Art. 41 Abs. 3 DSA auch zuständig für die Kooperation mit dem zuständigen KDD und der Kommission sowie für die Koordination der Audits nach Art. 37 DSA und die Gewährleistung der Risikoanalyse und -minderung nach Art. 34, 35 DSA.

d) Transparenz- und Berichtspflichten

Der DSA enthält eine Vielzahl von Transparenz- und Berichtspflichten, die wiederum pyramidenförmig aufeinander aufbauen und je nach Qualifikation des Providers die Veröffentlichung zusätzlicher Informationen vorschreiben.

aa) Allgemeine Pflichten

Für alle Anbieter digitaler Vermittlungsdienste gilt zunächst gem. Art. 14 Abs. 1 DSA die Pflicht, in den Nutzungsbedingungen klar und eindeutig über jegliche Beschränkungen bei der Nutzung der Dienste zu informieren. Das betrifft jegliche Art der Moderation von Inhalten und die hierbei zur Anwendung kommenden Regeln, Methoden und Maßnahmen, inklusive der Information über die Anwendung von Algorithmen. Hier ist vor allem an die Löschklauseln zu denken, mit denen sich die Intermediäre die Entfernung bestimmter Inhalte oder weitergehende Konsequenzen für Verstöße gegen Verhaltensregeln auf ihrer Plattform vorbehalten.³³⁹ In der endgültigen Gesetzesfassung wurde außerdem in Art. 14 Abs. 2 DSA die Pflicht zur Information über wesentliche Änderungen der Nutzungsbedingungen ergänzt.

Weiterhin haben alle Anbieter (ausgenommen kleine und Kleinstunternehmen) gem. Art. 15 DSA einen jährlichen Bericht über die gesamte Moderation von Inhalten auf ihren Plattformen zu veröffentlichen. Die Kommission kann nach Art. 15 Abs. 3 DSA mithilfe von Durchführungsrechtsakten Muster für Form und Inhalt dieser Berichte vorgeben. Zu den berichtspflichtigen Informationen gehören (bei Hosting-Anbietern) insbesondere die Anzahl der erhaltenen Meldungen nach Art. 16 DSA, die daraufhin ergriffenen Maßnahmen, wobei zwischen Maßnahmen aufgrund des Gesetzes und aufgrund der Nutzungsbedingungen zu unterscheiden ist, die durchschnittlich aufgewendete Zeit für diese Maßnahmen sowie die Zahl der Beschwerden

³³⁹ Teil II. A. II. 3. c).

nach Art. 20 DSA und die daraufhin ergangenen Entscheidungen. Nach dem neu eingefügten Art. 15 Abs. 1 lit. e) DSA haben nun alle Anbieter auch über die Anwendung automatisierter Mittel zur Moderation von Inhalten zu berichten und eine qualitative Beschreibung der eingesetzten Algorithmen abzugeben. Dies war im Kommissionsentwurf lediglich für Online-Plattformen vorgesehen gewesen.

bb) Pflichten für Online-Plattformen

Online-Plattformen haben in ihren jährlichen Berichten gem. Art. 24 Abs. 1 zusätzlich über die Anzahl und den Ausgang aller außergerichtlichen Streitbeilegungsverfahren nach Art. 21 DSA und über die verschiedenen Maßnahmen gegen Missbrauch ihrer Plattformen gem. Art. 23 DSA zu berichten. Zudem haben sie gem. Art. 24 Abs. 2, 4 DSA die Anzahl ihrer monatlich aktiven Nutzer in den Mitgliedstaaten, gegebenenfalls nach der von der Kommission vorgegebenen Methodik, zu ermitteln und diese Zahlen mindestens alle sechs Monate auf ihrer Online-Schnittstelle zu veröffentlichen sowie auf Verlangen an den zuständigen KDD und die Kommission zu übermitteln. So wird es der zuständigen Behörde ermöglicht, regelmäßig zu überprüfen, ob eine Plattform die Grenze von 45 Mio. aktiven Nutzern in der Union übersteigt und damit als sehr große Online-Plattform zu qualifizieren ist. Zusätzlich haben die Plattformanbieter nach Art. 24 Abs. 5 DSA alle ihre Entscheidungen über die Einschränkung von nutzergenerierten Inhalten in einer von der Kommission verwalteten, öffentlich zugänglichen Datenbank zu veröffentlichen. Diese gewaltige Menge an Informationen zur Löschpraxis der Intermediäre könnte künftig eine wichtige Informationsquelle für die wissenschaftliche Forschung darstellen.

Weiterhin identifiziert auch der europäische Gesetzgeber die algorithmusgesteuerten Systeme zur Filterung, Sortierung und Präsentation von Inhalten als einen Kernbestandteil des Geschäftsmodells der Intermediäre, der einen signifikanten Einfluss auf die Verbreitung oder Unterdrückung von Inhalten haben kann (ErwG 70 DSA). Die Anbieter von Online-Plattformen haben deshalb nach Art. 27 Abs. 1 DSA die Pflicht, in ihren Nutzungsbedingungen in klarer und einfach verständlicher Sprache über die wichtigsten Parameter ihrer Empfehlungssysteme und die Möglichkeiten zur Anpassung dieser Parameter zu informieren. Diese Informationen umfassen nach Art. 27 Abs. 2 DSA mindestens die wichtigsten Kriterien für die Auswahl von vorgeschlagenen Inhalten und die Gründe für die relative Bedeutung dieser Parameter. Eine solche Transparenzpflicht war im ursprünglichen Kommissionsentwurf nur für sehr große Online-Plattformen vorgesehen und wurde somit in ihrem Anwendungsbereich deutlich ausgeweitet.

cc) Besondere Pflichten für sehr große Online-Plattformen

Für sehr große Online-Plattformen gelten nochmals verschärfte Transparenz- und Berichtspflichten. Nach dem neu eingefügten Art. 14 Abs. 5 DSA haben sie ihren Nutzern zusätzlich eine präzise Zusammenfassung ihrer AGB, inklusive Infos über alle verfügbaren Rechtsbehelfe, in klarer und eindeutiger Sprache zur Verfügung zu stellen. Die AGB sind nach Art. 14 Abs. 6 DSA in den Amtssprachen aller Unionsländer zu veröffentlichen, in denen der Dienst angeboten wird.

Ihre Berichte nach Art. 15 DSA haben die großen Intermediäre gem. Art. 42 Abs. 1 DSA mindestens halbjährlich zu veröffentlichen und nach Art. 42 Abs. 2 DSA um zusätzliche Infos über die zur Inhaltsmoderation genutzten personellen Ressourcen und deren Qualifikation zu ergänzen. Die Anzahl der monatlichen Nutzer ist gem. Art. 42 Abs. 3 DSA nicht nur für die gesamte Union, sondern auch für jeden Mitgliedstaat einzeln zu veröffentlichen. Über die Erfüllung ihrer besonderen Pflichten zum Risikomanagement nach Art. 34, 35 DSA haben diese Anbieter gem. Art. 42 Abs. 4 DSA zusätzlich einen gesonderten Bericht zu erstellen, der spätestens 3 Monaten nach Eingang des Prüfberichts gem. Art. 37 Abs. 4 DSA zusammen mit den Audit-Berichten an den zuständigen KDD zu übermitteln ist.

Bei der Erfüllung ihrer Transparenzpflichten nach Art. 27 DSA haben die großen Intermediäre mindestens eine Auswahloption für die wichtigsten Parameter ihrer Empfehlungssysteme anzubieten, die nicht auf Profiling im Sinne von Art. 4 Abs. 4 Nr. 4 DSGVO beruht.

Schließlich enthält Art. 40 DSA ein umfassendes Recht der Aufsichtsbehörden auf Zugang zu allen für die Durchsetzung des DSA erforderlichen Daten der Intermediäre, einschließlich Erläuterungen zur Funktionsweise der eingesetzten algorithmischen Systeme. Die Behörden können außerdem die Übermittlung von Daten an Wissenschaftler zum Zwecke der Forschung beantragen, was künftig eine große Hilfe bei der wissenschaftlichen Untersuchung der Gefahrenpotentiale von Intermediären sein dürfte.³⁴⁰

3. Aufsicht

Um die Einhaltung der (öffentlich-rechtlichen) Vorschriften des DSA durch die Anbieter sicherzustellen, sieht die Verordnung ein differenziertes System der staatlichen Aufsicht vor, das in der Zusammenarbeit von drei verschiedenen Aufsichtsbehörden besteht.

³⁴⁰ Vgl. zum bisherigen Mangel an Datenmaterial etwa *Pasquetto et al.*, Tackling misinformation: What researchers could do with social media data, Harvard Kennedy School Misinformation Review 1, 8, 2020.

a) Koordinator für digitale Dienste

Die zentralen Aufsichtsbehörden sind die sogenannten „Koordinatoren für digitale Dienste“ (KDD) der Mitgliedstaaten gem. Art. 49 Abs. 2 DSA, welche grundsätzlich für alle Angelegenheiten der Anwendung und Durchsetzung des DSA im jeweiligen Mitgliedstaat zuständig sind. Die Mitgliedstaaten haben jeweils einen geeigneten Hoheitsträger zum KDD zu ernennen, können jedoch einzelne Aufgaben auch anderen geeigneten Behörden übertragen. Der KDD soll dabei gem. Art. 50 Abs. 2 DSA vollkommen selbständig sein und keinem Einfluss Privater oder Weisungen anderer Behörden, inklusive der Regierung, ausgesetzt sein. Ausgenommen bleiben gem. Art. 50 Abs. 3, ErwG 111 DSA die verfassungsrechtlich vorgesehene Kontrolle durch die Gerichte und die finanzielle Verantwortung des Parlaments. Als KDD in Deutschland kämen etwa die Landesmedienanstalten in Betracht, die aufgrund ihrer fachlichen Kompetenz und relativen Staatsferne für diese Aufgabe besonders geeignet erscheinen. Allerdings unterliegen auch die Landesmedienanstalten einer (wenn auch eingeschränkten) staatlichen Rechtsaufsicht, sodass durchaus fraglich ist, ob insoweit die vollkommene Selbständigkeit i.S.v. Art. 50 Abs. 2 DSA gewährleistet ist. Denkbar wäre indes auch die Schaffung einer neuen Obersten Bundesbehörde, die keinem der bestehenden Bundesministerien untergeordnet ist, vergleichbar den Datenschutzbehörden gem. Art. 51 DSGVO.

Zur Durchsetzung der Verordnung sollen dem KDD gem. Art. 51 DSA eine Reihe von Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnissen zur Verfügung stehen, die sich jeweils nach dem nationalen Recht des Mitgliedstaates richten; der DSA gibt hier nur das Mindestmaß vor und überlässt die konkrete Ausgestaltung den Mitgliedstaaten. Die wichtigsten Befugnisse sind dabei die Anordnung der Beseitigung von Regelverstößen, die Verhängung von Bußgeldern oder periodischen Strafzahlungen und die Anordnung einstweiliger Maßnahmen. Die Bußgelder sind gem. Art. 52 DSA durch nationales Recht festzulegen und dürfen bestimmte Höchstsätze, die sich nach dem weltweiten Umsatz des jeweiligen Anbieters bemessen, nicht überschreiten.

Hinsichtlich der internationalen Zuständigkeit statuiert Art. 56 DSA ausdrücklich das Herkunftslandprinzip; zuständig für die Aufsicht und Durchsetzung des DSA ist somit grundsätzlich der KDD des Mitgliedstaates, in dem der Hauptsitz des jeweiligen Anbieters bzw. seines gesetzlichen Vertreters gem. Art. 13 DSA liegt. Nach Art. 58, 59 DSA ist jedoch ein System der Kooperation vorgesehen, bei dem die Kommission darüber wacht, dass der zuständige KDD binnen angemessener Frist reagiert, falls ein anderer KDD oder das Gremium ihn auf einen Verstoß in seinem Zuständigkeitsbereich hinweist. Die endgültige Gesetzesfassung enthält in Art. 57 DSA außerdem eine generelle Pflicht zur gegenseitigen Amtshilfe zwischen den verschiedenen KDD und der Kommission, um die Zusammenarbeit zwischen den verschiedenen Aufsichtsbehörden zu fördern.

Das Herkunftslandprinzip dürfte voraussichtlich zu einer hohen Konzentration von Verantwortung beim KDD von Irland führen, da viele großen Anbieter ihren Hauptsitz in der irischen Hauptstadt Dublin haben. Problematisch ist außerdem, dass die Ausgestaltung der Ermittlungs- und Durchsetzungsbefugnisse in verschiedenen Staaten unterschiedlich streng ausfallen kann und die großen Anbieter deshalb motiviert werden könnten, ihren Sitz in den Staat mit den mildesten Durchsetzungsbefugnissen zu verlegen, während kleinere, ortsgebundene Anbieter diese Möglichkeit nicht besitzen.

b) Europäisches Gremium für digitale Dienste

Zur Unterstützung und Beratung der anderen Aufsichtsbehörden wird außerdem gem. Art. 61 DSA ein neues „Europäisches Gremium für digitale Dienste“ gebildet. Dieses unabhängige Gremium besteht gem. Art. 62 DSA aus den KDD der Mitgliedstaaten, die durch hochrangige Beamte vertreten werden; den Vorsitz führt die Kommission, die jedoch kein eigenes Stimmrecht im Gremium besitzt und vor allem administrativ tätig wird. Zu den Aufgaben des Gremiums nach Art. 61 Abs. 2 DSA gehören vor allem die Unterstützung und Vermittlung unter den KDD und der Kommission, um eine einheitliche Anwendung des DSA sicherzustellen. Zu diesem Zweck soll das Gremium gem. Art. 63 DSA die zuständigen KDD bei ihrer Aufsichtstätigkeit unterstützen, indem es Meinungen, Empfehlungen und Ratschlägen abgibt, die Zusammenarbeit der KDD fördert und die Analyse der Audit-Reports von sehr großen Online-Plattformen unterstützt. Auch die Ausarbeitung und Implementierung von europaweiten Standards und Verhaltenskodizes i.S.v. Art. 44, 45 DSA gehört zu seinen Aufgaben. Auch wenn das Gremium also nicht unmittelbar mit der Durchsetzung des DSA betraut ist, kommt ihm eine entscheidende Funktion bei der Gestaltung und Umsetzung eines europaweiten, einheitlichen Rahmens in der Regulierung von Intermediären zu.

c) Besonderes Aufsichtsregime bei sehr großen Online-Plattformen

Für sehr große Online-Plattformen ist in Art. 64 ff. DSA wiederum ein eigenständiges Aufsichtsregime vorgesehen. Der DSA trägt dem besonderen Einfluss und Risikopotential dieser Intermediäre dadurch Rechnung, dass sie der direkten und zentralen Aufsicht der Kommission unterstellt werden. Im ursprünglichen Kommissionsentwurf war an dieser Stelle noch lediglich ein Eintrittsrecht der Kommission vorgesehen, durch das der zuständige KDD unter bestimmten Umständen als Aufsichtsbehörde abgelöst werden konnte. Nun bestimmt Art. 56 Abs. 2 DSA, dass die Kommission für die Aufsicht über die besonderen Pflichten der sehr großen Online-Plattformen gem. Art. 33 – 42 DSA ausschließlich zuständig ist. Die KDD haben hier lediglich die Möglichkeit, die Kommission nach Art. 65 Abs. 2 DSA zur Prüfung von möglichen Verstößen aufzufordern. Für die Überwachung anderer Pflichten der großen Intermediäre (zum Beispiel aus Art. 16 ff. DSA)

besteht eine geteilte Zuständigkeit. Die Kommission ist hier gem. Art. 56 Abs. 3 DSA ebenfalls zuständig, jedoch kann nach Art. 56 Abs. 4 DSA auch der zuständige KDD subsidiär als Aufsichtsbehörde tätig werden, solange die Kommission wegen desselben Verstoßes noch kein Verfahren eingeleitet hat. Es liegt also im Ermessen der Kommission, inwieweit sie hier tätig werden oder die Zuständigkeit dem KDD überlassen will.

Hat die Kommission Grund zum Verdacht, dass ein großer Plattformanbieter gegen die Bestimmungen des DSA verstößt, so leitet sie gem. Art. 66 DSA ein Ermittlungsverfahren ein, wobei sie von den KDD mit allen nötigen Informationen unterstützt wird. Ab der Einleitung dieses Verfahrens entfällt auch die subsidiäre Zuständigkeit der KDD gem. Art. 56 Abs. 4 DSA. Zur Erfüllung ihrer Aufgaben stehen der Kommission umfangreiche Ermittlungsbefugnisse nach Art. 67 - 69 DSA zu. In dringlichen Fällen kann sie auch vorläufige Maßnahmen gem. Art. 70 DSA anordnen. Im Rahmen des Verfahrens besteht außerdem die Möglichkeit, dass ein Intermediär freiwillig die Eingehung bestimmter Verpflichtungen anbietet, um seine Compliance herzustellen und das Verfahren damit vorläufig abzuschließen, Art. 71 DSA.

Kommt die Kommission zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen die Vorschriften des DSA, gegen einstweilige Anordnungen oder bindende Selbstverpflichtungen vorliegt, steht ihr nach Art. 73 DSA die Befugnis zu, im Rahmen eines Beschlusses über die Nichteinhaltung die notwendigen Anordnungen zu treffen, um den festgestellten Verstoß zu beenden. Im Rahmen dieses Beschlusses können auch Bußgelder oder periodische Strafzahlungen für bis zu 5 Jahre gem. Art. 74 ff. DSA verhängt werden.³⁴¹ Die Entscheidungen der Kommission nach diesem Abschnitt sind gem. Art. 64 DSA zu veröffentlichen, was ebenfalls dazu beitragen kann, den Handlungsdruck auf die Intermediäre zu erhöhen, wenn diese gegebenenfalls eine Imageschaden zu befürchten haben.

Darüber hinaus ist noch ein erweitertes Aufsichtsregime gem. Art. 75 DSA für den Verstoß gegen die besonderen Pflichten der Art. 33 - 42 DSA vorgesehen. In diesem Fall ist der Intermediär im Beschluss nach Art. 73 DSA zunächst zur Vorlage eines Aktionsplanes aufzufordern, der hinreichende Maßnahmen zur Beendigung der Zuwiderhandlung zu enthalten hat. Unter Beteiligung des Gremiums entscheidet die Kommission darüber, ob sie die vorgeschlagenen Maßnahmen für ausreichend erhält und überwacht gegebenenfalls ihre Umsetzung. Hält sie den Aktionsplan nicht für ausreichend oder wurde ein solcher nicht fristgemäß vorgelegt, kann sie nach Art. 75 Abs. 4 DSA alle erforderlichen Maßnahmen, inklusive Zwangsmittel, ergreifen, um den Verstoß zu beenden. In diesem erweiterten Aufsichtsverfahren spiegelt sich die höhere Eigenverantwortlichkeit der großen Intermediäre bei der Erfüllung ihrer Pflichten nach Art. 34 ff. DSA.

³⁴¹ Die Ermessensentscheidung bei der Verhängung von Bußgeldern unterliegt gem. Art. 81 DSA i.V.m. Art. 261 AEUV der unbeschränkten Überprüfung durch den EuGH.

Teil III: Friktionen zwischen verschiedenen Regulierungsmechanismen

Wie aus der Darstellung in Teil II. deutlich geworden ist, haben die nationalen und supranationalen Gesetzgeber das Problem der Regulierung von Intermediären zum Schutz der öffentlichen Meinungsbildung aus vielen unterschiedlichen Richtungen in Angriff genommen. Es stellt sich daher die entscheidende Frage, ob sich bei einer Betrachtung des Gesamtsystems dieser Regeln Friktionen³⁴² zwischen den einzelnen Regulierungsmechanismen auftun, die dazu führen, dass die Ziele der einzelnen Maßnahmen, die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die demokratische Meinungs- und Willensbildung oder die Kompetenzordnung zwischen Union und Mitgliedstaaten nicht oder nur unzureichend verwirklicht werden.

A. Friktionen auf nationaler Ebene

Im Folgenden sollen zunächst die Friktionen auf der Ebene des nationalen, deutschen Rechts untersucht werden, die sich durch die Wechselwirkungen zwischen öffentlichem Medienrecht, Zivilrecht und Strafrecht ergeben. Die Friktionen zwischen den geltenden Regelwerken werden dabei analog zur obigen Darstellung auf den Ebenen der Initiative & Zielrichtung, des Anwendungsbereichs, der Regulierungswirkung und der praktischen Umsetzung untersucht.

I. Friktionen bei Zielvorgaben

Die Komplexität der technischen Vorgänge und sozialen Dynamiken, welche bei der Kommunikation und Informationsgewinnung mittels digitaler Intermediäre zum Tragen kommen, spiegelt sich auch in der Diskussion um die erforderlichen und erfolgversprechenden Maßnahmen einer hoheitlichen Regulierung dieser Prozesse. Das zeigt sich daran, dass die Regulierungsforderungen einer Vielzahl verschiedener Zielvorgaben folgen, die untereinander nicht stets kongruent und in ihrer jeweiligen Legitimität nicht unumstritten sind.³⁴³ Auch an den hier untersuchten Regelwerken zeigt sich diese Diversität regulatorischer Zielsetzungen und Steuerungsansätze.

1. Unterschiedliche Regulierungsstrategien

Das NetzDG als zeitlich frühester Regulierungsansatz steht ganz im Zeichen einer konkreten politischen Zielsetzung. Wie oben dargestellt, geht die Gesetzesinitiative vor allem auf die Bestrebungen des BfJ unter dem damaligen Justizminister Maas zurück und sollte ein starkes,

³⁴² Zur Begriffsdefinition s. Teil I. A. IV. 3.

³⁴³ Vgl. den Überblick bei *Cornils*, ZUM 2019, 89, 91 ff., m.w.N.; *Ingold*, MMR 2020, 82, 84 ff.

politisches Zeichen gegen eine als schädlich empfundene Veränderung des gesamtgesellschaftlichen Diskurses im Rahmen der politischen Auseinandersetzungen der jüngsten Vergangenheit darstellen. Die Regierungsfraktion im Bundestag übernahm diese Stoßrichtung und setzte das Gesetzesvorhaben trotz heftiger Kritik aus der juristischen Literatur³⁴⁴ und Bedenken des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestags³⁴⁵ um. Sein Ansinnen hat der Bundesgesetzgeber auch im Rahmen der Novellierung des NetzDG durch das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“ im Jahr 2021 bestätigt und sogar verschärft: Als Reaktion auf einen „giftigen und hasserfüllten Ton“ der Diskussionskultur im Netz, die der Gesetzgeber mit der Ermordung des Kasseler Regierungspräsidenten Lübcke und dem Attentat auf eine Synagoge in Halle im Jahr 2019 in Verbindung bringt,³⁴⁶ wurde das Gesetz unter anderem um eine direkte Meldepflicht an das BKA ergänzt.

In der Sache verfolgen die Vorschriften des NetzDG ein an sich unproblematisches, legitimes Ziel, nämlich die Durchsetzung des Strafrechts in den sozialen Medien und somit den Schutz von Individualrechtsgütern bzw. die Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung im Rahmen der neuen digitalen Kommunikationsräume.³⁴⁷ Die öffentliche Debatte um die Gesetzesvorhaben und die amtliche Gesetzesbegründung zeigen jedoch, dass es dem Bundesgesetzgeber dabei nicht lediglich um das Strafrecht als „ultima ratio“ des Rechtsgüterschutzes geht, sondern dass über den Weg der Löschpflichten für rechtswidrige Inhalte auch eine Einwirkung auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung stattfinden soll. So spricht der Gesetzgeber von einer „Verrohung der Debattenkultur“, die durch „Hassrede und rassistische Hetze“, „Fake News“ oder „sexistische Pöbeleien gegenüber Frauen“ eine „Gefahr für das friedliche Zusammenleben einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft“ begründen würde;³⁴⁸ das Gesetz solle dem Einhalt gebieten. Diese Formulierungen lassen das zentrale Ansinnen erkennen, den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung von bestimmten Äußerungen freizuhalten, die nicht nur aufgrund ihres Verletzungspotentials für Individualrechtsgüter sondern gerade wegen ihres spezifischen Inhalts auch als gesamtgesellschaftlich schädigend empfunden werden.

Dem gegenüber steht die Rspr. des BVerfG und der Zivilgerichte zur Drittwirkung der Grundrechte im Vertragsverhältnis zwischen Nutzern und Anbietern sozialer Netzwerke. Die Gerichte betrachten das Rechtsverhältnis bei der Plattformnutzung aus einem grundsätzlich anderen Blickwinkel, indem sie den Interessenausgleich zwischen Nutzern und Anbietern digitaler Plattformen ins Zentrum ihrer Untersuchung rücken. Die gerichtlichen Entscheidungen und Beiträge aus der juristischen Literatur sind dabei im Wesentlichen nicht von inhaltsbezogenen Zielsetzungen geleitet und bezwecken, anders als das NetzDG, keine bewusste Steuerung des

³⁴⁴ Vgl. *Lüdemann* in *Eifert/Gostomzyk*, Netzwerkrecht, 2018, S. 154, m.w.N.

³⁴⁵ WD 10 – 3000– 037/17.

³⁴⁶ BR-Drs 87/20, S. 11 f.

³⁴⁷ Vgl. *Cornils*, ZUM 2019, 89, 91.

³⁴⁸ BR-Drs. 315/17, S. 6 f.; 87/20, S. 11.

Meinungsbildungsprozesses in eine bestimmte inhaltliche Richtung. Angestrebt wird vielmehr der angemessene Ausgleich aller betroffenen Grundrechtspositionen und rechtlich geschützten Interessen im Sinne der vom BVerfG geforderten „praktischen Konkordanz“. Der Prozess der öffentlichen Meinungsbildung wird hierdurch mittelbar beeinflusst, da auf diesem Wege der Meinungsfreiheit als Kernelement des demokratischen Willensbildungsprozesses³⁴⁹ ihr angemessener Raum gewährt wird und so dem Entstehen vorherrschender Meinungsmacht bei den Intermediären entgegengewirkt werden kann. Dieser rechtswissenschaftliche Zugriff erlaubt naturgemäß eine viel stärker einzelfallbezogene und differenzierte Betrachtungsweise und erfüllt damit die Kontrollfunktion der Judikative gegenüber der Legislative. Andererseits eignet ihm aufgrund der richterlichen und wissenschaftlichen Unabhängigkeit auch ein höheres Potential zu Meinungsverschiedenheiten und damit ein Weniger an Rechtssicherheit.

Zwischen diesen beiden Polen der konkret inhaltsbezogenen Steuerung und des rechtswissenschaftlichen Interessenausgleichs stehen die Vorschriften des MStV, die als Gesetzesinitiative der Landesgesetzgeber in Zusammenarbeit mit Wissenschaft, Behörden und Medien erarbeitet wurden. Das erklärte Ziel der Vielfaltssicherung soll hier durch einen weitestgehend inhaltsneutralen Zugriff umgesetzt werden: Mittels Transparenzgebot und Diskriminierungsverbot für Intermediäre werden bestimmte Rahmenbedingungen der plattformbasierten Kommunikation festgelegt, welche die Eigenverantwortlichkeit der Nutzer stärken und das Manipulationspotential der Intermediäre begrenzen sollen. Die gesetzliche Definition der Diskriminierung in § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV lässt zudem Raum für eine umfassende, einzelfallbezogene Interessenabwägung. Das klassische medienrechtliche Ziel der Angebotsvielfalt erfährt dabei eine Wandlung hin zur Gewährleistung „kommunikativer Chancengleichheit“³⁵⁰: So geht es nicht mehr nur darum, eine Vielfalt verfügbarer Angebote sicherzustellen; vielmehr soll die notwendige Auswahlentscheidung innerhalb des bereits bestehenden Überangebots an digital verfügbaren Informationen, welche durch die Intermediäre getroffen wird, anhand nachvollziehbarer und gerechter Prinzipien geschehen, sodass einerseits eine Fragmentierung von Kommunikationsprozessen verhindert und andererseits die Meinungsmacht der Intermediäre eingeehgt wird.³⁵¹

Somit lässt sich feststellen, dass jedenfalls die Zielrichtungen der zivil- bzw. verfassungsgerichtlichen Rspr. und des MStV einander im Wesentlichen ergänzen. Beide verfolgen einen inhaltsneutralen Steuerungsansatz und versuchen, den strukturellen Machtvorteil der Intermediäre dadurch auszugleichen, dass den Nutzern Informationen und rechtliche Instrumente an die Hand gegeben werden, mit denen sie eine ungerechtfertigte Benachteiligung seitens der Intermediäre abwehren und sich so Chancen zur Teilnahme an der öffentlichen

³⁴⁹ BVerfGE 7, 198, Rn. 32.

³⁵⁰ Vgl. zum Begriff *Schulz*, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit, 1998; Vgl. bereits BVerfGE 25, 256 - „Blinkfuer“, Rn. 18.

³⁵¹ Vgl. *Cornils*, ZUM 2019, 89, 92 f., der den Begriff der „kommunikativen Chancengleichheit“ jedoch kritisch beurteilt.

Meinungsbildung sichern können. Insoweit ist jedenfalls auf der abstrakten Ebene der Zielvorgaben kein erhebliches Konfliktpotential zwischen diesen Regulierungsmechanismen zu erkennen. Anders verhält es sich jedoch im Verhältnis zum NetzDG, was im Folgenden erläutert und näher untersucht werden soll.

2. Konfliktpotentiale einer inhaltsspezifischen Regulierung i.S.d. NetzDG

Bei einem Vergleich der unterschiedlichen Zielvorgaben und Steuerungsansätze ist unschwer zu erkennen, dass ein erhebliches Konfliktpotential zwischen den Löschpflichten des NetzDG auf der einen und der Gewährleistung von Meinungsfreiheit und -vielfalt auf der anderen Seite besteht. Während hier die persönliche Freiheitsentfaltung vor ungerechtfertigten Einengungen und Verzerrungen durch die Intermediäre bewahrt werden soll, werden dort ebendiese Intermediäre zu aktiven Eingriffen in die Kommunikation auf ihren Plattformen angehalten, um bestimmte, als schädlich identifizierte Inhalte zu unterdrücken und damit die Polizeipflicht des Staates zu erfüllen.³⁵² Hiergegen lässt sich einwenden, dass ein Zielkonflikt nicht besteht, soweit die Löschpflichten nur strafbare Äußerungen betreffen, da diese gerade keinen grundrechtlichen Schutz genießen. Tatsächlich würde sich eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG durch das NetzDG erst dann ergeben, wenn durch die Ausgestaltung der Löschpflichten ein Anreiz zum „Overblocking“ geschaffen wird, also über strafbare Inhalte hinaus auch die Löschung zulässiger Meinungsäußerungen gefördert wird. Ob die konkreten Regeln des NetzDG tatsächlich eine solche Anreizstruktur begründen, soll weiter unten erörtert werden.³⁵³

Auf der abstrakten Ebene der Regulierungsziele ist jedoch zu beachten, dass sich die politische Zielvorstellung hinter dem NetzDG nicht darauf beschränkt, die Durchsetzung strafrechtlicher Normen zu forcieren. Auch wenn durch die Vorschriften des NetzDG letztlich nur die strafrechtlichen Aspekte umgesetzt wurden, stehen doch erkennbar weitergehende Motive im Hintergrund. Das Gesetz steht stellvertretend für ein Ansinnen, auf die wahrgenommene Veränderung der Debattenkultur im Netz durch die Unterdrückung von „Hassrede“, „Fake News“ u.ä. zu reagieren. Dabei handelt es sich jedoch nicht mehr um klar umrissene Kategorien des Strafrechts, sondern um Schlagworte der gegenwärtigen gesellschaftlichen, medialen und politischen Debatte. Wenn sich ein Hoheitsträger zum Ziel setzt, die mit diesen Schlagworten bezeichneten Phänomene regulatorisch zu bekämpfen, findet ein inhaltsspezifischer Zugriff auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung statt, welcher grundsätzlich der verfassungsrechtlichen Legitimation bedarf.

³⁵² Vgl. *Wagner*, GRUR 2020, 329 f.

³⁵³ Teil III. A. III. 1.

a) Verfassungsrechtliche Einschränkung von inhaltsspezifischen Eingriffen

Regulatorische Eingriffe des Gesetzgebers in den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung, der untrennbar mit der Verwirklichung der individuellen Meinungsfreiheit zusammenhängt³⁵⁴, sind stets an dem Schrankensystem des Art. 5 Abs. 2 GG zu messen. Eine Einschränkung bestimmter Meinungsäußerungen kann daher nur durch Belange des Jugendschutzes oder des Schutzes der persönlichen Ehre und im Rahmen allgemeiner Gesetze gerechtfertigt werden. Unter „allgemeinen Gesetzen“ sind nach der ständigen Rechtsprechung des BVerfG nur solche Gesetze zu verstehen, die nicht eine Meinung als solche verbieten, sich also nicht gegen die Äußerung der Meinung als solche richten, sondern dem Schutz eines schlechthin ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen („Sonderrechtstheorie“).³⁵⁵ Gesetze, die an den Inhalt von Meinungsäußerungen anknüpfen und durch solche verursachte Rechtsgutsverletzungen unterbinden oder sanktionieren, sind nur unter strenger Neutralität und Gleichbehandlung zulässig.³⁵⁶ Ein Indiz für Sonderrecht ist es etwa, wenn sich eine Norm als Antwort auf einen konkreten Konflikt des aktuellen öffentlichen Meinungskampfes versteht oder anknüpfend an inhaltliche Positionen einzelner vorfindlicher Gruppierungen so formuliert ist, dass sie im Wesentlichen nur gegenüber diesen zur Anwendung kommen kann.³⁵⁷

Dementsprechend entschied das BVerfG in seiner „Wunsiedel“-Entscheidung zu § 130 StGB auch, dass „die Absicht, Äußerungen mit schädlichem oder in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlichem Inhalt zu behindern,“ das Prinzip der Meinungsfreiheit selbst aufhebe und keinen legitimen Zweck eines Gesetzes darstellen kann.³⁵⁸ Demnach sei der Schutz vor einer Beeinträchtigung des „allgemeinen Friedensgefühls“ oder der „Vergiftung des geistigen Klimas“ ebenso wenig ein legitimer Eingriffsgrund wie der Schutz der Bevölkerung vor einer Kränkung ihres Rechtsbewusstseins durch bestimmte Ideologien.³⁵⁹

Im Lichte dieses verfassungsgerichtlichen Rspr. stellt sich das Ansinnen des Gesetzgebers, durch das NetzDG die allgemeine „Verrohung“ und den „giftigen hasserfüllten Ton“ der Debattenkultur zu bekämpfen, als äußerst problematisch, wenn nicht sogar illegitim dar.³⁶⁰ Der Bundesgesetzgeber verstand das NetzDG offenkundig „als Antwort auf einen konkreten Konflikt des aktuellen öffentlichen Meinungskampfes“, der in einer „Vergiftung des geistigen Klimas“ bestehe, und knüpft dabei ausdrücklich an bestimmte inhaltliche Positionen an („Hassrede und rassistische Hetze“, „Diskriminierung“, „sexistische Pöbelei“), die er als schädigend und verachtenswert ansieht und deshalb gezielt unterbinden will. Die Gesetzesbegründung legt dabei

354 Teil I. B. I.

355 BVerfGE 7, 198; 28, 282; 93, 266; 124, 300.

356 BVerfGE 124, 300, Rn. 59.

357 BVerfGE 124, 300, Rn. 60.

358 BVerfGE 124, 300, Rn. 72.

359 BVerfGE 124, 300, Rn. 77.

360 Ebenso *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1724; *Liesching*, MMR 2018, 26, 28.

nahe, dass diese Positionen als von vornherein unvereinbar mit einer offenen, demokratischen Gesellschaft angesehen werden. Damit soll jedoch gerade ein inhaltsspezifischer Zugriff auf bestimmte Meinungen als solche stattfinden, was nach dem BVerfG grundsätzlich keinen legitimen Gesetzeszweck darstellt. Es dürfte daher auch kein Zufall sein, dass der Gesetzgeber dieses bekundete Ansinnen letztlich gar nicht wirklich in die Tat umgesetzt hat, sondern die Löschpflichten nur für tatsächlich strafbare Inhalte normiert wurden.

b) Bekämpfung von „Hassrede“

Besondere Aufmerksamkeit ist in diesem Zusammenhang auf den Begriff der „Hassrede“ zu legen, welcher im gesellschaftlichen Diskurs um die freie Meinungsäußerung sehr häufig als Inbegriff schädlicher Meinungsäußerungen gebraucht wird.³⁶¹

Dabei ist zunächst festzustellen, dass der Begriff „Hassrede“ keinen feststehenden Begriff des deutschen Rechts³⁶² oder gar der deutschen Sprache bildet; er stellt lediglich einen Import des englischen Begriffs „hate speech“ ins Deutsche dar, welcher dem US-amerikanischen „free speech“-Diskurs entstammt³⁶³. Der Begriff wird im deutschen Sprachraum erst seit knapp 10 Jahren überhaupt häufiger gebraucht,³⁶⁴ was in etwa mit der Verbreitung der aus den USA stammenden sozialen Medien zusammenfällt. Die Rspr. der Instanzgerichte zur Löschraxis von Facebook zeigt deutlich, dass keineswegs ein einheitliches Verständnis davon existiert, was im Einzelfall unter den Begriff „Hassrede“ zu subsumieren ist.³⁶⁵ Dementsprechend existiert auch keine abschließende oder verbindliche Definition des Begriffs. Der Europarat verstand „hate speech“ in seiner Empfehlung 97 (20) als „all forms of expression which spread, incite, promote or justify racial hatred, xenophobia, antisemitism or other forms of hatred based on intolerance, including: intolerance expressed by aggressive nationalism and ethocentrism, discrimination and hostility against minorities, migrants and people of immigrant origin.“³⁶⁶ Facebook definiert „Hassrede“ in seinen Nutzungsbedingungen als „direkten Angriff auf Personen aufgrund geschützter Eigenschaften: ethnische Zugehörigkeit, nationale Herkunft, Behinderung, religiöse Zugehörigkeit, Kaste, sexuelle Orientierung, Geschlecht, Geschlechtsidentität und ernsthafte

³⁶¹ Besipielhaft *Brugger*, JA 2006, 687: „Warum sollte eine Rechtsordnung, die Bürger integrieren oder jedenfalls friedliche Zustände sichern will, Hass schützen? Hass schürt Unfrieden, kann zu Gewalt führen.“

³⁶² Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, GG, Art. 5, Rn. 68.; *Gerdemann*, ZUM 2022, 364, 368 f.

³⁶³ *Brugger*, JA 2006, 687; *Gerdemann*, ZUM 2022, 364, 368 f.

³⁶⁴ Die Verlaufskurve des digitalen Wörterbuchs der deutschen Sprache (DWDS) zeigt den verstärkten Gebrauch des Begriffs erst seit dem Jahr 2012: <https://www.dwds.de/r/plot?view=1&corpus=zeitungen&norm=date%2Bclass&smooth=spline&genres=0&grand=1&slice=1&prune=0&window=3&wbase=0&logavg=0&logscale=0&xrange=1946%3A2019&q1=Hassrede> (abgerufen am 31.07.2022)

³⁶⁵ Vgl. insbesondere das anschauliche, wenn auch anekdotenhafte Beispiel bei LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 104 a.E.; i.Ü. LG Mosbach v. 01.06.2018 - 1 O 108/18; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18; LG Offenburg v. 26.09.2018 – 2 O 310/18.

³⁶⁶ Zit. nach Maunz/Dürig/*Grabenwarter*, GG, Art. 5, Rn. 68 (Fn. 3).

Erkrankung.“ Dieser Definition folgt eine lange Liste von verschiedenen Stufen und Beispielen der „Hassrede“, unter denen sich auch abstrakte Werturteile finden, wie zum Beispiel „nach meiner Ansicht sind Männer Frauen überlegen“ (Schweregrad 2).³⁶⁷ Auffällig ist bei diesen und ähnlichen Definitionsversuchen vor allem, dass die Liste der geschützten Persönlichkeitsmerkmale nicht abschließend und im Grunde beliebig veränderbar ist.

Legt man ein solche Definition zugrunde, besteht in der Sache eine Nähe zu strafrechtlichen Delikten wie den Ehrenschilddelikten (§§ 185 ff. StGB) und insbesondere der Volksverhetzung (§ 130 StGB), welche als Tatbestandsmerkmal das „Aufstacheln zum Hass“ gegen abgrenzbare Teile der Bevölkerung (zum Beispiel ethnische oder religiöse Gruppen) kennt. Auch der zum 22.09.2021 neu eingefügte Straftatbestand der „Verhetzenden Beleidigung“ gem. § 192a StGB zielt auf eine stärkere Sanktionierung von Beleidigungen, die auf Gruppenzugehörigkeit abstellen. Das gängige Verständnis von „Hassrede“ geht jedoch oft über die genannten Straftatbestände hinaus, da davon auch gruppenbezogene, abwertende Äußerungen umfasst sein sollen, die nicht die Grenze zum „Aufstacheln zum Hass“ oder zum „böswillig verächtlich Machen“ überschreiten („Ich respektiere [Gruppe] nicht“³⁶⁸) oder sich nicht direkt an einen Angehörigen solcher Gruppen richten. § 130 StGB erfordert zudem eine Eignung zur Gefährdung des öffentlichen Friedens³⁶⁹. Der Begriff der „Hassrede“ ist auch nicht deckungsgleich mit den von der Rspr. entwickelten Kategorien der Formalbeleidigung oder Schmähdikritik³⁷⁰, da die gängigen Definitionen vor allem an den abstrakten, gedanklichen Inhalt der Äußerung anknüpfen und weniger an die überzogene persönliche Diffamierung einer bestimmten Person. In die Kategorie „Hassrede“ können demnach zwar bestimmte strafbare Äußerungen und Formen der Schmähdikritik fallen, sie umfasst aber auch grundsätzlich zulässige Meinungsäußerungen³⁷¹ (zum Beispiel „[Gruppe 1] sind meiner Ansicht nach [Gruppe 2] überlegen“).

Mithin lässt sich feststellen, dass „Hassrede“ keineswegs ein neuartiges Phänomen der Kommunikation darstellt, sondern lediglich eine Kategorie relativ jungen Ursprungs, mit der Meinungsäußerungen zusammengefasst werden, die aufgrund gruppenbezogener, negativer Werturteile als gesellschaftlich schädigend oder gefährlich empfunden werden. Der Begriff ist in seinen Grenzen keineswegs klar umrissen und Gegenstand einer andauernden gesellschaftlichen Debatte, was ihn als rechtliche Kategorie ungeeignet macht.³⁷² Wenn sich der Gesetzgeber diesen Begriff undifferenziert zu eigen macht und sich zum Ziel setzt, die damit umschriebenen gesellschaftlichen Phänomene zu bekämpfen, so nimmt er damit zwangsläufig auch legale Meinungsäußerungen ins Visier und zwar gerade aufgrund ihres vermeintlich schädlichen Inhalts. Eine solche Zielsetzung kollidiert jedoch mit der verfassungsgerichtlichen Rspr. zu Art. 5 GG,

³⁶⁷ https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech (abgerufen am 31.07.2022).

³⁶⁸ Vgl. https://www.facebook.com/communitystandards/hate_speech (Schweregrad 2).

³⁶⁹ Fischer, StGB, § 130 Rn. 13 ff.

³⁷⁰ Hierzu BVerfGE 93, 266, Rn. 122.

³⁷¹ Maunz/Dürig/Grabenwarter, GG, Art. 5, Rn. 68.

³⁷² Gerdemann, ZUM 2022, 364, 368 f.

wonach die Absicht, Äußerungen mit schädlichem oder in ihrer gedanklichen Konsequenz gefährlichem Inhalt zu behindern, das Prinzip der Meinungsfreiheit selbst aufhebe und keinen legitimen Zweck eines Gesetzes darstellen kann³⁷³.

c) Bekämpfung von „Fake News“

Ein weiteres Schlagwort, das seit einigen Jahren die Debatte um die Regulierung der öffentlichen Meinungsbildung beherrscht und auch vom Gesetzgeber in der Begründung des NetzDG herangezogen wird, ist das der „Fake News“. Auch dieser Begriff hat seinen Ursprung im US-amerikanischen Diskurs und zwar spezifisch in den US-Präsidentenwahlen 2016. Früher taucht der Ausdruck jedenfalls im deutschen Sprachraum nicht auf.³⁷⁴ So sprach die Präsidentschaftskandidatin Hillary Clinton kurz vor der Wahl im Dezember 2016 über „malicious fake news and false propaganda“, welche im vergangenen Jahr die sozialen Medien geflutet hätten. Nur wenige Wochen später holte Präsident Donald Trump zum Gegenschlag aus und bezeichnete die etablierten Massenmedien, welche ihn im Wahlkampf und darüber hinaus heftig kritisiert hatten, als „Fake News“.³⁷⁵ Im Laufe des Jahres 2017 wurde der Begriff auch von deutschen Medien und Politikern aufgegriffen³⁷⁶ und fand auf diesem Wege Einzug in die Gesetzesbegründung des NetzDG³⁷⁷.

Der Begriff „Fake News“ stellt also wiederum keinen feststehenden Rechtsbegriff dar, sondern entspringt der aufgeheizten politischen und medialen Debatte in den USA, wo er von allen Seiten als Vorwurf gegen den jeweiligen politischen Gegner gebraucht wird (vergleichbar dem deutschen Ausdruck „Lügenpresse“). Dementsprechend existiert auch keine einheitliche Definition dessen, was als „Fake News“ zu bezeichnen ist³⁷⁸, wodurch eine Untersuchung und Beurteilung der zugrundeliegenden gesellschaftlichen Phänomene erheblich erschwert wird.³⁷⁹ In der juristischen Literatur werden unter der Überschrift „Fake News“ in der Regel die potentiell schädlichen Folgen der gezielten Verbreitung von Falschinformation mittels der Intermediäre diskutiert.³⁸⁰ In diese Richtung weist auch die Definition von „Desinformation“³⁸¹ i.S.d. europäischen „Verhaltenskodex

373 BVerfGE 124, 300, Rn. 72.

374 Vgl. auch insoweit die Verlaufskurve des DWDS:

<https://www.dwds.de/r/plot?view=1&corpus=zeitungen&norm=date%2Bclass&smooth=spline&genres=0&grand=1&slice=1&prune=0&window=3&wbase=0&logavg=0&logscale=0&xrange=1946%3A2019&q1=Fake%20News> (abgerufen am 31.07.2022).

375 *Wendling*, The (almost) complete history of „fake news“, BBC Trending, 22.01.2018, abrufbar unter <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-42724320> (abgerufen am 31.07.2022).

376 Vgl. *Hammer/Hammer*, Wie ich lernte, die Fake-News zu lieben, Telepolis, 07.01.2017, abrufbar unter <https://www.heise.de/tp/features/Wie-ich-lernte-die-Fake-News-zu-lieben-3588784.html> (abgerufen am 31.07.2022).

377 BR-Drs. 315/17, S. 6.

378 *Müller/Denner*, Was tun gegen Fake News?, 2019, S. 6.

379 So bereits der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages in seiner Stellungnahme zum NetzDG-E, WD 10 – 3000– 037/17, S. 13.

380 Vgl. etwa *Paal/Hennemann*, JZ 2017, 641, 644; *Peifer*, CR 2017, 809; *Mafi-Gudarzi*, ZRP 2019, 65.

381 Zur Verwendung der Begriffe „Desinformation“ und „Missinformation“ *Ferreau*, AfP 2021, 204 ff.

zur Bekämpfung von Desinformation im Internet“ (2018) als „nachweislich falsche oder irreführende Informationen, die (a) mit dem Ziel wirtschaftlichen Gewinns oder der vorsätzlichen Täuschung der Öffentlichkeit geschaffen, dargeboten und verbreitet werden und (b) öffentlichen Schaden anrichten können“³⁸². Auch wenn das abstrakte Gefahrenpotential von derartiger Desinformation für die öffentliche Meinungsbildung auf der Hand liegt³⁸³, mangelt es weiterhin an gesicherten empirischen Erkenntnissen zur tatsächlichen Verbreitung solcher gezielter Falschinformationen und ihren Wirkpotenzialen.³⁸⁴

In strafrechtlicher Hinsicht werden bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen unter anderem bei Verletzung der persönlichen Ehre (§§ 185 ff. StGB), Betrug (§ 263 StGB), Vortäuschung oder falscher Verdächtigung einer Straftat (§§ 145d, 164 StGB) oder gegebenenfalls als Volksverhetzung (§ 130 StGB) verfolgt. Eine generelle Strafbarkeit der Lüge oder falschen Berichterstattung kennt das deutsche Recht hingegen nicht.³⁸⁵ Letztlich erfassen die Löschpflichten des NetzDG daher auch nicht die Formen der gezielten Desinformation, welche sich der Gesetzgeber unter dem Schlagwort „Fake News“ möglicherweise vorgestellt hat.³⁸⁶ Auch die Einhaltung journalistischer Wahrheits- und Sorgfaltspflichten steht nach dem bislang geltenden liberalen Presseverständnis nicht unter genereller staatlicher Aufsicht, sondern unterliegt der freiwilligen Selbstkontrolle durch den Presserat.³⁸⁷ Eine teilweise Abkehr von diesem Prinzip stellen die neuen §§ 19 Abs. 1 S. 2, 109 MStV dar, wonach die Einhaltung der journalistischen Sorgfaltspflichten bei einem Teilbereich der Telemedien erstmals der unmittelbaren staatlichen Aufsicht zugänglich gemacht wird.³⁸⁸

Macht es sich der Gesetzgeber zum Ziel, die Verbreitung von gezielter Desinformation zu bekämpfen, so hat er zu berücksichtigen, inwieweit auch Tatsachenbehauptungen den Schutz von Art. 5 Abs. 1 GG genießen können. So sind Tatsachenbehauptungen zwar grundsätzlich von Meinungen, die durch das Element der Stellungnahme in einer geistigen Auseinandersetzung geprägt sind und deshalb unter dem Schutz der Meinungsfreiheit stehen, zu unterscheiden.³⁸⁹ Dennoch stellen Informationen über tatsächliche, dem Beweis zugängliche Vorgänge regelmäßig die unerlässliche Grundlage der persönlichen Meinungsbildung dar, weshalb auch

382 COM (2018) 236, abrufbar unter <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/code-practice-disinformation>.

383 Teil I. B. II. 2.

384 Müller/Denner, Was tun gegen Fake News?, 2019, S. 10 ff., 17; Lateur/Gostomzyk, Gutachten zum NetzDG, 2017, S. 13 f., m.w.N.; von vielen Wissenschaftlern wird bemängelt, dass die Intermediäre meist kein ausreichendes Datenmaterial für die Forschung zu Verfügung stellen, s. hierzu Paschetto et al., Tackling misinformation: What researchers could do with social media data, Harvard Kennedy School Misinformation Review 1, 8, 2020.

385 Vgl. Mafi-Gudarzi, ZRP 2019, 65, 67 f., der sich sogar für die Schaffung eines neuen Straftatbestandes ausspricht.

386 § 1 Abs. 3 NetzDG erfasst Falschbehauptungen lediglich als Straftaten gem. §§ 100a, 126 Abs. 2, 185 – 187, 189, 241 a StGB; vgl. hierzu Peifer, CR 2017, 809.

387 Lent, ZUM 2020, 593, 594 ff.

388 Zur Kritik an der Verfassungsmäßigkeit des neuen Konzepts Lent, ZUM 2020, 593; Ferreau, AfP 2021, 204, 207 f.

389 St. Rspr., BVerfGE 54, 208; 61, 1; 85, 1.

Tatsachenbehauptungen von Art. 5 Abs. 1 GG geschützt sind, soweit sie die Voraussetzung der Meinungsbildung sind.³⁹⁰ In vielen Fällen sind außerdem Tatsachenbehauptung und Meinungsäußerung untrennbar miteinander verknüpft (sogenannte „Mischäußerungen“). Eine Äußerung, in der tatsächliche und wertende Elemente vermengt sind, steht deshalb insgesamt unter dem Schutz der Meinungsfreiheit, wenn sie durch das Element der Stellungnahme geprägt wird.³⁹¹ Im Ergebnis genießen somit nur solche Tatsachenbehauptungen nicht den Schutz durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG, die nachweisbar oder bewusst unwahr sind.³⁹² Bei der Veröffentlichung von Informationen, die eine gewisse Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung entfalten, werden die reinen Tatsachenbehauptung regelmäßig mit Elementen der wertenden Stellungnahme vermengt sein, weshalb Eingriffe insoweit an Art. 5 Abs. 1, 2 GG zu messen sind.

Wollte der Gesetzgeber also beispielsweise die Bekämpfung von gezielter Desinformation vorantreiben, indem er die Intermediäre zur effektiven Löschung bewusster Falschmeldungen verpflichtet, so würden die Intermediäre dadurch faktisch zu Richtern über die objektive Wahrheit von Nachrichtenmeldungen erhoben und das Prinzip der (freiwilligen oder regulierten) Selbstregulierung der Presse³⁹³ würde in diesem Bereich durchbrochen. Im Übrigen besitzen die Plattformanbieter in der Regel überhaupt nicht die Möglichkeiten oder die Sachkompetenz, um über den objektiven Wahrheitsgehalt einer Meldung, geschweige denn über die subjektiven Kenntnisse und Motive des Veröffentlichenden zu urteilen.³⁹⁴ Eine solche Zielsetzung stünde demnach von vornherein in Konflikt mit dem Prinzip der individuellen Meinungsfreiheit sowie der Pressefreiheit.³⁹⁵

Die Bekämpfung gezielter Desinformation kann indes grundsätzlich ein legitimes Ziel des Gesetzgebers darstellen, da bewusst unwahre Tatsachenbehauptungen keinen Schutz durch Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG genießen und die zutreffende Informiertheit der Bürger eine wesentliche Grundlage für die freie Meinungsbildung darstellt. Es erscheint deshalb beispielsweise legitim, die journalistischen Sorgfaltspflichten i.S.v. § 19 Abs. 1 S. 2 MStV auch auf digitalen Laien-Journalismus, der durch die neuen technischen Möglichkeiten an Bedeutung gewonnen hat, auszuweiten. Jegliches Ansinnen in diese Richtung sollte jedoch auf gefestigten empirischen Erkenntnissen zu den tatsächlich vorhandenen Gefahrenpotentialen fußen, um unnötige und unverhältnismäßige Eingriffe in die Meinungs- und Pressefreiheit zu vermeiden. In jedem Fall taugt der kontroverse und unscharfe Begriff der „Fake News“ nicht für eine differenzierte Auseinandersetzung in diesem hochsensiblen Bereich³⁹⁶, dem zentrale Bedeutung für die persönliche Freiheitsentfaltung und den demokratischen Willensbildungsprozess zukommt.

³⁹⁰ BVerfGE 85, 1, Rn. 45.

³⁹¹ BVerfGE 85, 1, Rn. 46.

³⁹² BVerfGE 85, 1, Rn. 45, 49.

³⁹³ Vgl. *Lent*, ZUM 2020, 593, 594 ff.

³⁹⁴ Vgl. *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 99.

³⁹⁵ Vgl. *Ferreau*, AfP 2021, 204, 209.

³⁹⁶ Ebenso *Ferreau*, AfP 2021, 204; EU-Kommission, Report of the independent High Level Group on fake news and online disinformation, 2018, S. 10 f.

3. Fazit

Die hier untersuchte Regulierung der öffentlichen Meinungsbildung durch den Bundesgesetzgeber, den Landesgesetzgeber und die Gerichtsbarkeit folgt jeweils unterschiedlichen Zielvorstellungen. Die Steuerungsansätze der Rechtsprechung zur mittelbaren Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 GG und des Landesgesetzgebers in §§ 91 ff. MStV stehen dabei nicht in Konflikt und ergänzen sich im Wesentlichen, da sie beide einen inhaltsneutralen Zugriff wählen und lediglich die Rahmenbedingungen der öffentlichen Meinungsbildung im Bereich der Intermediäre so gestalten wollen, dass die verfassungsrechtlichen Gebote der Meinungsvielfalt und der praktischen Konkordanz von Nutzer- und Anbieterinteressen verwirklicht werden. Dem steht jedoch der politisch motivierte, inhaltspezifische Zugriff des NetzDG gegenüber, welches die Bekämpfung bestimmter Meinungsäußerungen bezweckt und jedenfalls auf der abstrakten Ebene der Zielvorstellungen im Konflikt mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 5 GG steht. Eine wesentliche Rolle in diesem Konflikt spielt die undifferenzierte Aneignung der Begriffe „Hassrede“ und „Fake News“ durch den Gesetzgeber, soweit diese als Anlass zu regulatorischen Eingriffen in den Prozess der freien Meinungsbildung herangezogen werden.

II. Friktionen bei Anwendungsbereichen

Ein entscheidender Gesichtspunkt beim strukturellen Vergleich der verschiedenen Regulierungsmechanismen ist die Frage nach ihrer gleichzeitigen Anwendbarkeit. Bereits auf dieser Ebene kann sich entscheiden, ob überhaupt Synergieeffekte oder Widersprüche entstehen können, was wesentlich von den Schnittmengen der jeweiligen Anwendungsbereiche abhängt. Diese werden bei den untersuchten Regelwerken zum einen durch quantitative Schwellenwerte und zum anderen durch qualitative Bestimmungen des jeweiligen Schutzbereichs festgelegt.

1. Quantitative Schwellenwerte

a) Nutzerzahlen im MStV und NetzDG

Sowohl der Bundes- als auch der Landesgesetzgeber haben sich entschieden, die Anwendungsbereiche des MStV und des NetzDG durch bestimmte quantitative Schwellenwerte einzugrenzen. Anhand dieser zahlenmäßigen Grenzen will der Gesetzgeber sichergehen, dass nur solche Intermediäre von der Regulierung erfasst werden, denen eine gewisse Meinungsbildungsrelevanz bzw. Perpetuierungswirkung bei rechtswidrigen Inhalten zukommt.³⁹⁷

³⁹⁷ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 48 f.; BT-Drs. 18/12356, S. 19.

Die Schwelle liegt im Rahmen des MStV bei 1 Mio. Nutzern pro Monat (§ 91 Abs. 2 Nr. 1 MStV) und im Rahmen des NetzDG bei 2 Mio. registrierten Nutzern (§ 1 Abs. 2 NetzDG). Der entscheidende Unterschied liegt dabei, neben der Differenz zwischen den angesetzten Schwellenwerten, in der Unterscheidung von „Nutzern pro Monat“, womit die „unique user“ gemeint sind³⁹⁸, und „registrierten Nutzern“.

Bei der Ermittlung der „unique user“ (auch „unique visitor“) einer Webseite wird eine einzelne IP-Adresse beim Aufruf der Seite innerhalb eines bestimmten Zeitraums nur einmal gezählt, egal wie oft die Seite oder ihre Unterseiten von der IP-Adresse aus angesteuert werden.³⁹⁹ Der Zeitraum, innerhalb dessen die IP-Adressen der Besucher einzeln gezählt werden, kann dabei je nach angewendetem System variieren. Nach § 91 Abs. 2 Nr. 1 MStV sind die „unique user“ innerhalb eines Monats zu zählen, wobei außerdem ein Durchschnittswert über 6 Monate hinweg zu ermitteln ist. Dabei ist jedoch auch zu beachten, dass die Anzahl an gezählten IP-Adressen nicht identisch mit der Zahl der tatsächlichen Nutzer ist. So kann die eigene IP-Adresse etwa problemlos mittels Anonymisierungssystemen wie VPN-Diensten gewechselt werden. Zudem wird eine IP-Adresse jeweils nur einem lokalen Netzwerk zugewiesen, innerhalb dessen mehrere Personen an verschiedenen Endgeräten tätig sein können. Dabei gibt es mehrere Methoden, durch ein zweites Identifikationsmerkmal mehrere Nutzer innerhalb des selben Netzwerks als „unique user“ zu unterscheiden (zum Beispiel Web-Browser oder Cookies).⁴⁰⁰ Die Gesetzesbegründung gibt jedoch keinen Aufschluss darüber, welche konkrete Zählweise für die Bestimmung des gesetzlichen Schwellenwerts entscheidend sein soll. Gemessen am Zweck der Vorschrift sollte ein einheitliches Zählsystem zur Anwendung kommen, durch das sich so weit wie technisch möglich die Anzahl der tatsächlichen Nutzer der Plattform ermitteln lässt.

Als „registrierte Nutzer“ werden andererseits solche Nutzer gezählt, die sich mittels einer bestimmten Personalisierung, meist mithilfe einer E-Mail Adresse und einem Benutzernamen, ein individualisiertes Benutzerkonto auf der Plattform angelegt haben. Ein „registrierter Nutzer“ ist also zunächst nur ein potentieller „unique user“. Die Zahl der registrierten Nutzer gibt nicht zwingend Aufschluss über die tatsächlichen Nutzerzahlen der Plattform, da stets mit einer gewissen Anzahl inaktiver oder nur gelegentlich genutzter Konten zu rechnen ist und auch mehrfache Registrierungen durch einen einzelnen Nutzer möglich sind. Zudem unterscheidet sich die Nutzbarkeit für nicht registrierte Nutzer von Plattform zu Plattform ganz erheblich.⁴⁰¹ Die Videoplattform YouTube beispielsweise verlangt eine Registrierung nur zum Kommentieren und Hochladen von Videos, während Facebook für nicht registrierte Nutzer nur eingeschränkte Informationen anzeigt und daher kaum interessant ist.

398 Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 48.

399 <http://www.wirtschaftslexikon24.com/e/unique-visitors/unique-visitors.htm> (abgerufen am 31.07.2022).

400 <http://www.wirtschaftslexikon24.com/e/unique-visitors/unique-visitors.htm> (abgerufen am 31.07.2022).

401 Vgl. *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 101.

Der Inlandsbezug wird in § 91 Abs. 1 Nr. 1 MStV dadurch hergestellt, dass nur Nutzer „in Deutschland“ gezählt werden, wobei diese Formulierung auch in der Gesetzesbegründung nicht näher erläutert wird.⁴⁰² Es dürfte davon auszugehen sein, dass nur solche IP-Adressen als „unique user“ in Deutschland zählen, deren Standortdaten im Inland liegen. Auch wenn diese Standortdaten potentiell mittels Anonymisierungsdiensten verschleiert werden können, dürfte dies das einzig nachprüfbar Kriterium darstellen. Im Rahmen von § 1 Abs. 2 NetzDG soll dagegen entscheidend sein, dass der registrierte Nutzer in Deutschland „ansässig“ ist, nicht hingegen, von welchem Land aus die hauptsächliche Aktivität erfolgt.⁴⁰³ Auch hier bleibt unklar, wie der Plattformanbieter auf technischem Wege zuverlässig ermitteln soll, wo seine Nutzer ansässig sind.⁴⁰⁴

Um überhaupt eine Vergleichbarkeit zwischen verschiedenen Plattformen herstellen zu können, müsste in jedem Fall gewährleistet werden, dass die Kriterien, nach denen die „unique user“ und registrierten Nutzer einer Plattform gezählt werden, von allen Plattformanbietern unterschiedslos gehandhabt werden. Das gilt vor allem für die Frage, durch welche technischen Merkmale ein „unique user“ identifiziert wird, ob bzw. wann inaktive Profile nicht mehr als registrierte Nutzer gezählt werden und wie der Inlandsbezug hergestellt wird. Das ist jedoch durch die gesetzlichen Regeln auf nationaler Ebene bislang nicht klar festgelegt worden.⁴⁰⁵

Eine weitere Schwierigkeit bei den Nutzerzahlen liegt in ihrer praktischen Überprüfbarkeit durch Behörden und Gerichte. Die Plattformanbieter, die allein den unmittelbaren Zugang zu diesen Daten besitzen, veröffentlichen nicht durchgehend alle relevanten Nutzerstatistiken in Bezug auf Nutzer aus Deutschland. Sie sind hierzu auch bislang nicht gesetzlich verpflichtet.⁴⁰⁶ Die Behörden sind deshalb regelmäßig auf eigene Feststellungen zu den relevanten Nutzerstatistiken angewiesen. Eine Möglichkeit für die Landesmedienanstalten, Zugriff auf das Datenmaterial der Plattform zu erhalten, enthalten die §§ 95, 56 MStV, wonach die Intermediäre den Aufsichtsbehörden auf Verlangen die „erforderlichen Unterlagen“ vorzulegen haben und den Behörden Auskunfts- und Ermittlungsbefugnisse eingeräumt werden. Die dabei gewonnen Erkenntnisse über Geschäftsgeheimnisse, zu denen wohl auch die Nutzerstatistiken gehören, dürfen gem. §§ 95, 58 MStV nicht unbefugt weitergegeben werden. Das NetzDG enthält seit seiner Novellierung ebenfalls eine Auskunftsbeugnis für das BfJ in § 4a Abs. 3 NetzDG. Vor den Zivilgerichten trägt grundsätzlich der klagende Nutzer die Beweislast für die Anzahl der Plattformnutzer, soweit er diesen Aspekt im Rahmen der Interessenabwägung geltend machen will.⁴⁰⁷ Da er jedoch regelmäßig keinen Zugriff auf diese Daten hat, wäre insoweit an eine

402 Vgl. Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 48.

403 BT-Drs. 18/12356, S. 19.

404 Denkbar wäre zum Beispiel der Standort der IP-Adresse, die Sprache des Nutzers oder eigene Angaben des Nutzers, wobei keines dieser Merkmale zweifelsfrei Aufschluss über den tatsächlichen dauerhaften Wohnort des Nutzers geben.

405 Vgl. jedoch auf europäischer Ebene Art. 33 Abs. 3 DSA.

406 Vgl. jedoch auf europäischer Ebene Art. 24 Abs. 2, 4 DSA.

407 Vgl. OLG München v. 26.09.2019 - 18 U 1310/19, Rn. 9.

sekundäre Darlegungslast des Plattformanbieters zu denken, sofern die Zahlen nicht offenkundig sind.⁴⁰⁸

b) Keine starren Grenzen bei Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB

Im Gegensatz zu den gesetzlich normierten Grenzwerten im MStV und NetzDG ist die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Rspr. zu den Wiederherstellungsansprüchen von Plattformnutzern nicht an starre quantitative Grenzen gebunden. Dieser Gesichtspunkt kommt lediglich im Rahmen der durchzuführenden Interessenabwägung zum Tragen, wo ein maßgebliches Kriterium der Grad der marktbeherrschende Stellung der jeweiligen Plattform und die daraus resultierende Abhängigkeit des Nutzers von der Plattform ist.⁴⁰⁹ Naturgemäß spielen dabei auch quantitative Gesichtspunkte eine Rolle, da die objektiven Nutzerzahlen einer Plattform jedenfalls einen wichtigen Indikator für ihre Meinungsbildungsrelevanz und ihre Stellung auf dem Markt darstellen. Die Rspr. hatte bislang jedoch noch keinen Anlass, sich zu konkreten Schwellenwerten bei den Nutzerzahlen zu äußern, da sie es stets mit einem der drei größten Intermediäre (Facebook, YouTube, Twitter) zu tun hatte und deshalb ohne Weiteres deren marktbeherrschende Stellung im jeweiligen Segment bejahte.⁴¹⁰ Zudem wurde in den einschlägigen Entscheidungen auch nicht trennscharf zwischen „unique users“ und registrierten Nutzern einer Plattform unterschieden. Im Falle von Facebook ist zum Beispiel regelmäßig von „30 Millionen aktiven Nutzern“ zu lesen.⁴¹¹ Da dies mit Abstand die höchste Nutzerzahl auf dem Markt ausmacht, erübrigte sich eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Ermittlung der Zahlen und ihrer Auswirkung auf die Meinungsbildungsrelevanz.

Letztlich lässt sich das Maß der mittelbaren Grundrechtsbindung einer Plattform nicht allein durch quantitative Schwellenwerte bestimmen, sondern hängt maßgeblich von qualitativen Gesichtspunkten ab. So kann beispielsweise Facebook bei der Veröffentlichung eines Videos trotz höherer Anzahl registrierter Nutzer nicht mit YouTube konkurrieren. Twitter hat sich trotz verhältnismäßig geringerer Nutzerzahlen zu einem unmittelbaren Sprachrohr wichtiger Personen des öffentlichen Lebens entwickelt.⁴¹² Auch das tendenziell jüngere Publikum von Plattformen wie Instagram und TikTok kann ausschlaggebend sein, wenn beispielsweise ein Inhalt auf eine ganz bestimmte Zielgruppe zugeschnitten ist. Dem Merkmal der „marktbeherrschenden Stellung“ wohnt zudem naturgemäß ein relatives Moment inne, da es dabei stets auf einen Vergleich der jeweils gerade aktiven Anbieter auf dem jeweiligen Markt ankommt, der sich innerhalb weniger Jahre auch

408 Vgl. MüKoZPO/*Fritsche*, § 138, Rn. 24.

409 Teil II. A. II. 3 c) bb) (2) (b) (bb).

410 Vgl. OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 24; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18, Rn. 83 (Facebook); LG Nürnberg-Fürth v. 7.6.2019 – 11 O 3362/19 (Twitter); KG Berlin v. 22.03.2019 – 10 W 172/18 (YouTube).

411 OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18, Rn. 24.

412 Vgl. *Magnus*, MMR 2019, 541, 543.

stark verändern kann. Eine feste quantitative Grenze würde dieser individuellen Bestimmung des Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Nutzer und Anbieter nicht gerecht. Die Interessenabwägung erlaubt somit eine wesentlich dynamischere Anpassung an veränderte Umstände und eine individualisierte Betrachtungsweise, die bei der Anwendung starrer quantitativer Schwellenwerte zurückbleibt.

c) Schlussfolgerungen

aa) Potentielle Schutzlücken bei kleineren Plattformen

Der Vergleich der unterschiedlichen Anwendungsbereiche zeigt, dass zahlreiche Konstellationen denkbar sind, in denen ein Sachverhalt nur von einem Teil der untersuchten Regeln erfasst wird. Dadurch können Lücken beim Schutz der Interessen der Nutzer oder bei der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung entstehen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass diese Problematik derzeit eher theoretischer Natur ist, da die drei größten Plattformen (Facebook, YouTube, Twitter), auf die sich die öffentliche Debatte in der Regel konzentriert, sowohl die quantitativen Schwellen des MStV und NetzDG problemlos erreichen als auch von der Rspr. einheitlich in die mittelbare Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 GG einbezogen werden. Nichtsdestotrotz haben sich im Rahmen der anhaltenden Debatte um die Reichweite freier Meinungsäußerung in den sozialen Medien inzwischen zahlreiche kleinere Plattformen (zum Beispiel Telegram, Parler, Gab, Bitchute) etabliert. Eine anhaltende Diversifizierung der Medienlandschaft in diesem Bereich könnte in Zukunft dazu führen, dass mehr Grenzfälle auftreten, bei denen die Unterscheidung der hier untersuchten Anwendungsbereiche ausschlaggebend wird.

Problematisch wäre ein Auseinanderfallen der Anwendungsbereiche vor allem dort, wo eine Plattform zwar von den Löschpflichten des NetzDG erfasst würde, ohne dass gleichzeitig ein Schutz der Nutzerinteressen durch §§ 93, 94 MStV oder die mittelbare Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 GG besteht. Eine mögliche Verletzung der individuellen Meinungsfreiheit durch die Wirkung des NetzDG könnte dann nicht durch Abwehrmöglichkeiten seitens der Nutzer ausgeglichen werden. Derartige Fälle sind theoretisch denkbar, obwohl die Schwelle des § 91 Abs. 2 Nr. 1 MStV niedriger liegt, als die des § 1 Abs. 2 NetzDG, da auch eine Plattform mit 2 Mio. registrierten Nutzern nicht zwangsläufig 1 Mio. „unique user“ pro Monat erreichen muss. Weitaus wahrscheinlicher ist jedoch der Fall, dass eine Plattform zwar die Schwellenwerte von NetzDG und MStV erreicht, aber ihr dennoch keine marktbeherrschende Funktion zukommt, sodass ein zivilrechtliches Vorgehen gegen den Plattformanbieter bei Löschungen nicht erfolgversprechend ist. Das könnte zum Beispiel bei kleineren Plattformen der Fall sein, die ein alternatives Angebot im selben Marktsegment wie große Plattformen anbieten. In diesen Fällen wäre ein Nutzer, dessen Meinungsäußerung vom Anbieter gelöscht wird, ausschließlich auf den Schutz durch § 94 MStV

angewiesen, der jedoch vorrangig durch die Landesmedienanstalten durchgesetzt wird und nur bedingt gerichtlich eingefordert werden kann.⁴¹³ Je nachdem, wie man das Merkmal des „besonders hohen Einflusses auf die Wahrnehmbarkeit“ in § 94 Abs. 1 MStV auslegt, könnte man sogar zu dem Ergebnis kommen, dass § 94 MStV zusätzlich eine marktbeherrschende Stellung der Plattform voraussetzt,⁴¹⁴ sodass Nutzer kleinerer Plattformen vollkommen schutzlos bleiben würden.

Umgekehrt besteht die Möglichkeit, dass eine Plattform, die auch problemlos ohne Registrierung genutzt werden kann (zum Beispiel Videoplattformen), unter der Schwelle des § 1 Abs. 2 NetzDG bleibt, obwohl sie monatlich mehrere Millionen Nutzer erreicht und deshalb vom MStV und gegebenenfalls von der Drittwirkung des Art. 5 Abs. 1 GG erfasst wird. In diesem Fall bestünde theoretisch die Möglichkeit, dass ein strafbarer Inhalt ungelöscht auf der Plattform verbleibt und einer großen Zahl an Nutzern zugänglich gemacht wird, da kein entsprechendes Beschwerdemanagement für potentielle Betroffene vorhanden ist und der Anbieter den Inhalt nicht löscht, um nicht das Kostenrisiko eines Bußgeldes nach § 115 MStV oder einer Wiederherstellungsklage einzugehen. Bei zusätzlicher Anonymität des Nutzers wäre der Betroffene darauf angewiesen, gerichtlich gegen den Anbieter als Störer vorzugehen. Dieser hypothetische Fall hängt jedoch wiederum auch von anderen Faktoren ab, zum Beispiel von der Gestaltung der Nutzungsbedingungen der Plattform, die auch gleichwertige oder sogar strengere Regeln als das NetzDG vorsehen können.⁴¹⁵

Grundsätzlich unproblematisch erscheint es hingegen, die Schwelle des Anwendungsbereichs des NetzDG so auszugestalten, dass davon nur Plattformen mit einer gewissen wirtschaftlichen Kraft erfasst werden. Die Erfüllung der Pflichten des NetzDG bedeutet für die betroffenen Plattformen einen erheblichen Organisations- und Personalaufwand.⁴¹⁶ Hinzu kommt das Risiko enorm hoher Bußgelder bei Verstößen. Diese Pflichten und Risiken sollten nicht dazu führen, dass kleinere Plattformen in ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit unverhältnismäßig stark eingeengt werden, zumal bei einem höheren Kostenrisiko für die Plattform auch ein höherer Anreiz zum „Overblocking“ besteht. Dabei muss die wirtschaftliche Kraft einer Plattform jedoch nicht zwangsläufig mit ihrer Meinungsbildungsrelevanz zusammenfallen, sodass grundsätzlich auch denkbar ist, den Anwendungsbereich von zwei Seiten her zu bestimmen.

bb) Allgemeine Kritik quantitativer Grenzen

Soweit der Gesetzgeber durch die quantitativen Schwellenwerte die geringere Meinungsbildungsrelevanz kleinerer Plattformen abbilden wollte, ist diese gesetzgeberische

413 Teil III. A. IV. 2. b).

414 Teil II. A. I. 3. c) aa).

415 Teil III. A. IV. 1.

416 Vgl. die Schätzungen des Gesetzgebers, BT-Drs. 18/12356, S. 16.

Regelungstechnik allgemein zu hinterfragen. So wohnt einer starren, zahlenmäßigen Grenze stets ein Moment der Willkür inne, soweit sie nicht auf konkreten empirischen Erkenntnissen fußt. Eine solche empirische oder sachliche Rechtfertigung der gewählten Grenzen lässt der Gesetzgeber im Rahmen von NetzDG und MStV jedoch vermissen.⁴¹⁷ Das Element der Willkür tritt beim Vergleich dieser beiden Vorschriften besonders deutlich hervor, da Bundes- und Landesgesetzgeber hier zwei unterschiedliche Schwellenwerte gewählt haben, ohne diese je näher zu begründen. Die starre Begrenzung des Anwendungsbereichs kann in Grenzfällen zu dem kaum nachvollziehbaren Ergebnis führen, dass kleinere Plattformen wegen schwankender Nutzerzahlen von Quartal zu Quartal die Schwelle der Anwendungsbereiche über- oder unterschreiten und sich damit das Schutzniveau und die wirtschaftliche Belastung dieser Plattformen ständig ändern würden.⁴¹⁸ Insgesamt erscheint es auch kaum einleuchtend, warum eine Plattform, die nur knapp über der jeweiligen Schwelle liegt, eine entscheidend größere Meinungsbildungsrelevanz aufweisen soll, als eine Plattform, die knapp darunter liegt.

Die wesentliche Kritik an den quantitativen Schwellenwerten liegt darin begründet, dass sich die Relevanz einer bestimmten Plattform für die öffentliche Meinungsbildung nicht allein anhand der (wie auch immer) quantitativ bemessenen Reichweite der Plattform beurteilen lässt. Die Frage, ob eine Plattform eine relevante Rolle im Prozess der öffentlichen Meinungsbildung spielt, hängt wesentlich von qualitativen Faktoren ab. Da die sozialen Medien ihren Einfluss auf die Meinungsbildung vor allem dadurch ausüben, dass sie das wahrgenommene Meinungsklima bei ihren Nutzern beeinflussen,⁴¹⁹ kommt es vorrangig darauf an, ob die Plattform überhaupt zur Verbreitung meinungsbildungsrelevanter Inhalte dient und inwieweit sie von Nutzern auch zum Auffinden solcher Inhalte genutzt wird. Dabei ist auch entscheidend, ob die Plattform eine Registrierung erfordert, da in diesem Fall die Netzwerk- und Lock-In-Effekte⁴²⁰ stärker zum Tragen kommen. Auch das soziale Prestige der auf der Plattform vertretenen Nutzer kann einen erheblichen Einfluss auf ihre Meinungsbildungsrelevanz entfalten, sodass beispielsweise Twitter trotz geringerer Nutzerzahlen eine wesentlich größere Rolle bei den politischen Auseinandersetzungen im Rahmen der US-Präsidentschaftswahl 2020 gespielt hat als Facebook.⁴²¹ Schließlich hängt es auch von der thematischen Eingrenzung und funktionalen Ausrichtung ab, ob verschiedene Plattformen überhaupt untereinander vergleichbar sind. So wäre beispielsweise nicht nachvollziehbar, warum eine kleinere Plattform, die vorrangig zur Vermittlung politischer und journalistischer Inhalte dient, weniger meinungsbildungsrelevant sein sollte, als eine größere Plattform wie TikTok, die vor allem von Jugendlichen zur Unterhaltung genutzt wird.⁴²²

417 Schulz/Dreyer, Stellungnahme zum MStV-E, 2019, S. 13.

418 Wimmers/Heymann, AfP 2017, 93, 101.

419 Stark/Magin/Jürgens, Ganz meine Meinung?, 2017, S. 188.

420 Hierzu Heidtke, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 115 ff.; Pille, Meinungsmacht, 2016, S. 339 ff.

421 Vgl. <https://www.merkur.de/politik/usa-wahl-2020-donald-trump-twitter-warnung-hinweise-spott-zr-90090383.html> (abgerufen am 31.07.2022).

422 In diese Richtung auch Schulz/Dreyer, Stellungnahme zum MStV-E, 2019, S. 13.

Schon diese keinesfalls abschließende Darstellung macht deutlich, dass eine unflexible quantitative Bestimmung des Anwendungsbereichs bei der Regulierung der öffentlichen Meinungsbildung von vornherein problematisch ist und leicht zu unbefriedigenden Ergebnissen führen kann. Das gilt umso mehr, wenn verschiedene Regelwerke ihre Anwendungsbereiche an unterschiedlichen Grenzwerten festmachen.

d) Zwischenergebnis

Die quantitativen Schwellen der gesetzlichen Anwendungsbereiche sind nicht nur unterschiedlich hoch, sondern knüpfen auch an unterschiedliche Zählweisen der Nutzer an. Die starren, zahlenmäßigen Grenzen sind dabei nicht geeignet, die tatsächliche Meinungsbildungsrelevanz einer Plattform abzubilden. Das hat zur Folge, dass zahlreiche Kombinationen der einzelnen Anwendungsbereiche möglich werden, wodurch vor allem bei kleineren Plattformen leicht Schutzlücken entstehen können. Im Übrigen ist bislang nicht hinreichend klargestellt worden, auf welche Weise die jeweiligen Nutzerzahlen überhaupt technisch ermittelt werden sollen.

2. Qualitative Bestimmung der Schutzbereiche

a) Persönliche Schutzbereiche

Während sich anhand der quantitativen Schwellenwerte entscheidet, welche Plattformen überhaupt von der jeweiligen Regulierung erfasst werden, stellt sich darüber hinaus die Frage, welche Nutzer bzw. welche Inhalte auf der jeweiligen Plattform durch die entsprechenden Regelwerke begünstigt oder eingeschränkt werden. Dort, wo die Plattformnutzer vor der ungerechtfertigten Benachteiligung durch die Plattformanbieter geschützt werden sollen, nämlich im Rahmen des Diskriminierungsverbots nach § 94 MStV und der mittelbaren Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 GG, unterscheiden sich die persönlichen Schutzbereiche deutlich voneinander.

Vor einer Diskriminierung sind gem. § 94 Abs. 1 MStV ausdrücklich nur journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote geschützt, auf deren Wahrnehmbarkeit die Intermediäre besonders hohen Einfluss haben. Voraussetzung für eine journalistisch-redaktionell Gestaltung ist die Sammlung, Auswahl und periodische Publikation von aktuellen und inhaltlich vielfältigen Informationen,⁴²³ wobei nicht nur professionelle Angebote, sondern auch „Laien-Journalismus“ und Unterhaltungsangebote umfasst sein sollen⁴²⁴. Bei dem zusätzlichen Merkmal des „besonders hohen Einflusses“ der Intermediäre ist äußerst zweifelhaft, ob dieses Tatbestandsmerkmal eine eigenständige, qualitative Dimension entfaltet, oder ob darin eine zusätzliche quantitative Schwelle

⁴²³ *Lent*, ZUM 2013, 914, 915 f.

⁴²⁴ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 6.

im Hinblick auf die Marktanteile der Plattformen liegen soll.⁴²⁵ Folgt man der Gesetzesbegründung, müsste wohl zusätzlich eine objektive marktbeherrschende Stellung des jeweiligen Intermediärs vorliegen.⁴²⁶

Der Schutz durch die mittelbare Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 GG im Rahmen des Plattformnutzungsvertrages hängt hingegen von der Anwendbarkeit des deutschen Zivilrechts ab, die sich durch die Vorschriften der Rom I-VO bestimmt.⁴²⁷ Damit ist der persönliche Schutzbereich hier zunächst der Willkür der Plattformanbieter ausgeliefert, die grundsätzlich durch die freie Rechtswahl gem. Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO in ihren AGB die Anwendbarkeit des deutschen Rechts zugunsten des irischen Rechts ausschließen können. Abseits der Rechtswahl lässt sich eine Anwendbarkeit des deutschen Rechts wohl nur bei Verbraucherverträgen begründen.⁴²⁸ Bei solchen Verträgen könnte auch gem. Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO nicht das zwingende Recht des Heimatlandes des Verbrauchers umgangen werden, wozu auch der AGB-rechtliche Schutz durch § 307 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 5 Abs. 1 GG gehört.⁴²⁹ Die Verbrauchereigenschaft gem. Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO besteht nur, wenn die Plattformnutzung nicht der Ausübung einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugeordnet werden kann, und deckt sich weitgehend mit § 13 BGB. Die Verbrauchereigenschaft fehlt also beispielsweise bei Nutzern, die durch einen Auftritt in den sozialen Medien ihr Unternehmen oder ihre berufliche Tätigkeit bewerben oder verbreiten, zum Beispiel bei professionellen journalistischen Angeboten wie Zeitungen oder Verlagen; auch eine immer größere Anzahl an „Influencern“, für die ihr Auftritt in den sozialen Medien zur wesentlichen Einnahmequelle und gegebenenfalls sogar Existenzgrundlage geworden ist, wird daher im Ergebnis als Unternehmer und nicht mehr als Verbraucher anzusehen sein.⁴³⁰

Die Vorschriften des NetzDG machen hingegen keinen Unterschied danach, ob ein Inhalt auf der vom Anwendungsbereich erfassten Plattform journalistisch-redaktionell gestaltet ist bzw. ob er von einem Unternehmer oder Verbraucher veröffentlicht wird. Die Löschpflichten gelten unterschiedslos für alle rechtswidrigen Inhalte i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG.

b) Keine Anknüpfung an Meinungsbildungsrelevanz

Problematisch ist auch in diesem Zusammenhang, dass der persönliche Schutzbereich der Regeln, die den Interessen der Nutzer dienen, im Allgemeinen enger ausgestaltet ist, als die Löschpflichten des NetzDG. Die Schutzbereiche des medienrechtlichen Diskriminierungsverbots und der zivilrechtlichen Wiederherstellungsansprüche knüpfen zudem an ganz unterschiedliche

425 *Dörr*, Massenkommunikation, 2019, S. 43; *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 343 f.; Vgl. Teil II. A. III. 3. c) aa).

426 Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

427 Teil II A. II. 3. a).

428 *Gläser*, MMR 2015, 699, 701 ff.

429 Vgl. *MüKoBGB/Martiny*, Rom I-VO Art. 6, Rn. 61 f.

430 OLG München v. 25.06.2020 – 29 U 2333/19; *Willems*, MMR 2018, 707.

subjektive Eigenschaften des Nutzers an. Da als journalistisch-redaktionell gestaltetes Angebot auch Laien-Journalismus ohne Gewinnerzielungsabsicht in Betracht kommt, können solche Inhalte sowohl von Unternehmern als auch von Verbrauchern angeboten werden. Umgekehrt sagt die Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft eines Nutzers noch nichts über die Qualität der von ihm veröffentlichten Inhalte aus, sodass beliebige Kombinationen der beiden Merkmale denkbar sind, die sich grafisch wie folgt darstellen lassen:

journalistisch-redaktionell	(+)	(-)
Verbraucher	(+)	(-)
	Laien-Journalismus (zum Beispiel Blog)	Personen d. öffentlichen Lebens (z.B Prominente)
	(-)	„Influencer“
	Professioneller Journalismus (zum Beispiel Zeitung)	

Hinzu kommt, dass das zivilrechtliche Schutzniveau aufgrund der freien Rechtswahl bei jeder Plattform unterschiedlich sein kann. Das führt im Ergebnis dazu, dass eine Vielzahl verschiedener Sachverhalte denkbar ist, in denen eine Plattform zwar unterschiedslos den Löschpflichten des NetzDG unterliegt und auch ihre eigenen Nutzungsbedingungen durchsetzt, wobei jedoch je nach Art des Nutzers und des veröffentlichten Inhalts unterschiedliche Schutzmechanismen eingreifen.

Eine solche Ungleichbehandlung verschiedener Inhalte und Nutzer erscheint vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Vorgaben⁴³¹ nur dann gerechtfertigt, wenn sich in den unterscheidenden Merkmalen tatsächlich eine unterschiedlich hohe Meinungsbildungsrelevanz und entsprechende Schutzwürdigkeit der Nutzer bzw. Inhalte widerspiegelt. Das ist jedoch nach hier vertretener Ansicht nicht der Fall. Es leuchtet zwar auf den ersten Blick ein, dass journalistisch-redaktionelle Angebote, die sich dezidiert der aktuellen Vermittlung von Informationen widmen und gem. § 19 Abs. 1 MStV auch erhöhten Sorgfaltspflichten unterliegen⁴³², eine höhere Relevanz für die Meinungsbildung entfalten sollen. Das ist jedoch von einem Idealbild her gedacht, das den tatsächlichen Gegebenheiten der digitalen Netzwerk- und Plattformökonomie nicht mehr gerecht wird. Durch die stetige Vernetzung und Abkürzung von Informationswegen haben gerade private, nicht-journalistische Meinungsäußerungen ein viel höheres Potential zur

431 Teil I. B. I.

432 Teil II. A. III. 4.

Beeinflussung des wahrgenommenen Meinungsklimas gewonnen.⁴³³ Das zeigt eindrücklich die öffentliche Rezeption von „Tweets“ bekannter Persönlichkeiten,⁴³⁴ die zum Beispiel durch Solidarisierung mit bestimmten politischen Anliegen einen erheblichen Einfluss auf die Meinungsbildung ihrer Anhänger ausüben können. Auch Privatpersonen können sich beispielsweise durch Beteiligung an einem „hashtag“ zu einer Art „digitaler Massenbewegung“ zusammenschließen, die gewaltigen Einfluss auf das öffentliche Meinungsklima entwickeln kann.⁴³⁵ Schließlich können potentiell auch einzelne Beiträge von „Influencern“, die sich üblicherweise eher als Unterhalter darstellen und ein großes Publikum ansprechen, schlagartig eine signifikante Meinungsbildungsrelevanz entwickeln, wie das Beispiel des Videos „Die Zerstörung der CSU“ des YouTubers *Rezo* deutlich macht, welches im Vorfeld der Europaparlamentswahlen 2019 innerhalb weniger Tage mehrere Millionen Zuschauer erreichte.⁴³⁶ Derartigen Meinungsäußerungen nur eine geringere Schutzwürdigkeit gegenüber journalistisch-redaktionellen Angeboten zuzugestehen, würde die zentrale Bedeutung der individuellen Meinungsfreiheit gem. Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG für den demokratischen Meinungsbildungsprozess verkennen und dabei gerade die neuartige Dynamik der digitalen Plattformökonomie außer Acht lassen.⁴³⁷

Die Verbrauchereigenschaft ist ebenfalls kein tauglicher Anknüpfungspunkt für die Bestimmung der Meinungsbildungsrelevanz, wie die angeführten Beispiele zeigen. Im Gegenteil ist es gerade bei professionellen Angeboten tendenziell wahrscheinlicher, dass diese ein größeres Publikum erreichen und deshalb entsprechend höhere Meinungsbildungsrelevanz entfalten können. Der Verbraucherschutzgedanke des Art. 6 Rom I-VO passt nicht zur hier relevanten Schutzbedürftigkeit, da es in der Sache nicht um den Schutz von wirtschaftlich schwächeren Verbrauchern geht, sondern um die Begrenzung der Meinungsmacht von Intermediären, der sich Verbraucher und Unternehmer gleichermaßen ausgeliefert sehen.

c) Zwischenergebnis

Die Schutzbereiche der untersuchten Regelwerke knüpfen an unterschiedliche subjektive Kriterien bei Nutzern bzw. Inhalten an. Der Anwendungsbereich des NetzDG ist dabei am weitesten, sodass zahlreiche Fälle denkbar sind, in denen sich ein Nutzer nicht oder nur unzureichend gegen „Overblocking“ seitens des Anbieters verteidigen könnte. Diese Ungleichbehandlung von verschiedenen Nutzern und Inhalten ist nicht durch einen tatsächlich niedrigere Schutzbedürftigkeit im Hinblick auf ihre Meinungsbildungsrelevanz gerechtfertigt.

433 Vgl. *Hennemann/Heidt*, ZUM 2021, 981, 982.

434 *Dörr*, Massenkommunikation, 2019, S. 41.

435 Vgl. etwa die „#metoo-Bewegung“, <https://metoomvmt.org/>; vgl. *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234, 239 f. zur Frage, ob derartige digitale Sammlungsbewegungen in den Schutzbereich der Versammlungsfreiheit gem. Art. 8 GG fallen.

436 <https://youtu.be/4Y1lZQsyuSQ> (abgerufen am 31.07.2022).

437 Im Ergebnis ebenso *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 345; *Ladeur/Gostomzyk*, K&R 2018, 686, 691; *Die Medienanstalten*, Stellungnahme zum MStV-E, 2019, S. 9.

3. Fazit

Die derzeitige Ausgestaltung der verschiedenen Anwendungsbereiche führt dazu, dass je nach Größe der Plattform und subjektiver Qualifizierung des Nutzers unterschiedliche Regulierungsmechanismen eingreifen und somit eine Vielzahl von möglichen Schnittmengen der einzelnen Regelwerke entstehen. Das zentrale Problem besteht darin, dass sowohl die quantitativen Schwellenwerte als auch die qualitativen Bestimmungen der Schutzbereiche nicht an einheitliche Kriterien anknüpfen, welche zuverlässig die wirkliche Meinungsbildungsrelevanz der jeweiligen Plattformen oder Inhalte abbilden.

Insgesamt ist der Anwendungsbereich der Löschpflichten des NetzDG dabei tendenziell weiter als der gegenläufige Schutz der Nutzer durch das AGB-Recht oder § 94 MStV. Das führt dazu, dass zahlreiche Sachverhalte denkbar sind, in denen ein meinungsbildungsrelevanter Inhalt nicht hinreichend vor „Overblocking“ durch den Plattformanbieter geschützt ist, insbesondere im Rahmen kleinerer Plattformen. Selbst wenn einer der beiden genannten Schutzmechanismen eingreift, folgt dies keiner insgesamt nachvollziehbaren Systematik und es bleibt daher regelmäßig vom Zufall abhängig, ob ein Nutzer zivilrechtlich gegen den Anbieter vorgehen könnte oder auf das Einschreiten der Aufsichtsbehörden angewiesen ist. Insgesamt ergibt sich somit eine relativ unübersichtliche Schichtung verschiedener Regulierungsmechanismen, die nicht an tatsächlich bestehende Unterschiede in der Meinungsbildungsrelevanz anknüpft. Das gesetzgeberische Ziel der Sicherung von Meinungsvielfalt und praktischer Konkordanz gegenläufiger Grundrechte wird schon aufgrund dieser Unübersichtlichkeit nur unzureichend verwirklicht.

III. Friktionen bei Regulierungswirkung

1. Verletzung der Meinungsfreiheit und -vielfalt durch das NetzDG

Bereits auf der Ebene der abstrakten Regulierungsziele hat sich gezeigt, dass die politische Zielsetzung hinter dem NetzDG im Konflikt mit dem Schutz der subjektiven Meinungsfreiheit und der Gewährleistung objektiver Meinungsvielfalt in den Medien steht.⁴³⁸ Im Folgenden soll nun untersucht werden, ob die konkrete Ausgestaltung der Plattformregulierung im NetzDG tatsächlich als Verletzung dieser verfassungsrechtlichen Prinzipien und Grundrechte anzusehen ist.

438 Teil III. A. I. 2.

a) Argumente für materielle Verfassungswidrigkeit

Seit der Vorlage des ersten Diskussionsentwurfs sieht sich das NetzDG umfassender und heftiger Kritik aus der juristischen Literatur ausgesetzt. Im Zentrum der kritischen Auseinandersetzung steht dabei neben der formellen Frage der Gesetzgebungskompetenz regelmäßig der Vorwurf der materiellen Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung der Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁴³⁹ Zentrales Argument für eine solche Verletzung ist der Anreiz zum „Overblocking“, also zur Entfernung von nicht rechtswidrigen Meinungsäußerungen, der durch die bußgeldbewehrten Löschpflichten des NetzDG geschaffen werde⁴⁴⁰: Durch die hohen Bußgelddrohungen von bis zu 5 Mio. € werden die Plattformanbieter, deren Entscheidungen vor allem von ökonomischen Interessen geleitet werden, einem einseitigen Handlungsdruck ausgesetzt, da das Nichtlöschen von potentiell rechtswidrigen Inhalten („Underblocking“) das Risiko von gravierenden wirtschaftlichen Einbußen mit sich bringt. Die Entfernung eines rechtmäßigen Inhalts hingegen birgt allenfalls das Risiko, dass der Nutzer gegen die Löschung gerichtlich vorgeht, was für den Anbieter nur ein unverhältnismäßig geringeres ökonomisches Risiko darstellt.⁴⁴¹ Das vorsorgliche Löschen rechtmäßiger Inhalte begründet im Gegensatz zum Nichtlöschen rechtswidriger Inhalte auch keine Owi nach § 4 Abs. 1 Nr. 2 NetzDG, da das NetzDG in § 3 Abs. 2 NetzDG nur Pflichten zum Löschen *rechtswidriger* Inhalte statuiert und somit auch nur diese Pflichten verletzt werden können.⁴⁴² Aus dieser Struktur der Regulierung folgt der starke ökonomische Anreiz, im Zweifelsfall zugunsten einer Löschung zu entscheiden.

Hinzu kommt, dass die kurzen Löschfristen von 24 Stunden bzw. 7 Tagen zusätzlich den Anreiz schaffen, Löschungen möglichst schnell und schematisch vorzunehmen⁴⁴³: Die Rspr. hat für die Beurteilung der Zulässigkeit von Meinungsäußerungen und die Abwägung der Meinungsfreiheit mit entgegenstehenden Persönlichkeitsrechten in jahrelanger Auslegungsarbeit ein differenziertes System der einzelfallbezogenen Prüfung und Interessenabwägung entwickelt.⁴⁴⁴ Die Vorschriften des NetzDG bieten für den Plattformanbieter jedoch keinerlei Anreiz, eine solche komplexe Einzelfallbewertung unter Berücksichtigung aller relevanten Umstände im Rahmen seines Beschwerdemanagements umzusetzen. Seinem ökonomischen Interesse ist vielmehr Genüge getan, wenn er dafür sorgt, dass beanstandete Inhalte möglichst schnell und effektiv gelöscht

⁴³⁹ Zum Überblick *Lüdemann* in *Eifert/Gostomzyk*, *Netzwerkrecht*, 2018, S. 153 ff., m.w.N.

⁴⁴⁰ *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 100; *Lüdemann* in *Eifert/Gostomzyk*, *Netzwerkrecht*, 2018, S. 156 ff.; *Ladeur/Gostomzyk*, Gutachten zum NetzDG, 2017, S. 80 ff.; *Liesching*, MMR 2018, 26, 27; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 98 ff.;

⁴⁴¹ Bei einem Streitwert von 10.000 € würde eine verlorene zivilrechtliche Klage für den Anbieter Kosten i.H.v. ca. 4.500 € nach RVG, GVG verursachen, vgl. Teil III. A. IV. 2.

⁴⁴² *Ladeur/Gostomzyk*, Gutachten zum NetzDG, 2017, S. 81; a.A. *Eifert*, NetzDG Evaluation, 2020, S. 52, der jedoch auch auf die Bußgeldleitlinien des BMJV verweist, die nur auf ein „Underblocking“ Bezug nehmen.

⁴⁴³ *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1723; *Ladeur/Gostomzyk*, Gutachten zum NetzDG, 2017, S. 81 ff.; *Lüdemann* in *Eifert/Gostomzyk*, *Netzwerkrecht*, 2018, S. 159 ff.; *Liesching*, MMR 2018, 26, 27; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 99.

⁴⁴⁴ Vgl. hierzu *Kalscheuer/Hornung*, NVwZ 2017, 1721, 1723, m.w.N.

werden, um nicht in Gefahr zu geraten, die Fristen des § 3 Abs. 2 NetzDG zu überschreiten.⁴⁴⁵ Das lässt sich jedoch gerade durch ein schematisches Abarbeiten von Beschwerden nach unternehmensinternen Leitlinien ohne eingehende Prüfung des Einzelfalls oder sensible Interessenabwägung am besten erreichen.⁴⁴⁶ Auch die halbjährlichen Transparenzberichte deuten darauf hin, dass die Anbieter tatsächlich so verfahren: Der weit überwiegende Anteil der durchgeführten Löschungen erfolgt nach unternehmensinterner Prüfung innerhalb von 24 Stunden und nur in einem Bruchteil der Fälle wird dem Betroffenen Gelegenheit zur Äußerung gegeben oder externe Rechtsanwälte zur Beurteilung der Beschwerde hinzugezogen.⁴⁴⁷

Schließlich enthält das NetzDG auch eine Delegation genuin staatlicher Befugnisse auf private Unternehmen, die nicht zur Wahrnehmung dieser Befugnisse geeignet oder legitimiert sind⁴⁴⁸: Die Auslegung strafrechtlicher Normen und Durchführung der komplexen, einzelfallbezogenen Interessenabwägung, welche die Rspr. für die Beurteilung der Zulässigkeit von Meinungsäußerungen entwickelt hat, ist grundsätzlich Sache der Gerichte. Durch das NetzDG werden diese staatlichen Pflichten jedoch faktisch auf private Unternehmen verlagert, da die Löschentscheidungen der Intermediäre nur in einem Bruchteil der Fälle eine gerichtliche Überprüfung durch die Klage eines Nutzers nach sich ziehen werden⁴⁴⁹. Die Intermediäre sind jedoch zur faktischen Vollstreckung staatlicher Verbote zum einen nicht demokratisch legitimiert⁴⁵⁰ und zum anderen aufgrund ihrer vorrangig ökonomischen Handlungsmotivation nicht dazu geeignet, die Vorgaben der Rspr. in ihrer Löschraxis zuverlässig umzusetzen. Durch die Verlagerung der Rechtsdurchsetzung auf Private und die kurzen Löschrfristen werden auch die entsprechenden gerichtlichen Verfahrensrechte der Betroffenen unterlaufen.⁴⁵¹ Eine rechtsstaatlich legitimierte Kontrolle der Eingriffe in die freie Meinungsäußerung durch die Anbieter wird somit von der Regel zur Ausnahme.

b) Argumente gegen materielle Verfassungswidrigkeit

Gegen die dargestellten Argumentationsmuster wird ins Feld geführt, dass sich ein „Overblocking“ durch die Plattformanbieter empirisch nicht nachweisen lasse.⁴⁵² Aus dem in den

445 Ladeur/Gostomzyk, Gutachten zum NetzDG, 2017, S. 81.

446 Lüdemann in Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, S. 161.

447 Facebook: <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/01/NetzDG-DE.pdf>, S. 11;

YouTube: <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=de>;

Twitter: <https://transparency.twitter.com/content/dam/transparency-twitter/netzdg/NetzDG-Jul-Dec-2021.pdf>, S. 24.

448 Guggenberger, ZRP 2017, 98, 100; Kalscheuer/Hornung, NVwZ 2017, 1721, 1723; Lüdemann in Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, S. 163 ff.; Ladeur/Gostomzyk, Gutachten zum NetzDG, 2017, S. 80 ff.; Wimmers/Heymann, AfP 2017, 93, 97 ff.

449 Teil III. A. IV. 2. a).

450 Lüdemann in Eifert/Gostomzyk, Netzwerkrecht, 2018, S. 165.

451 Wimmers/Heymann, AfP 2017, 93, 100.

452 Eifert, NetzDG Evaluation, 2020, S. 53; zu einem anderen Ergebnis kommt jedoch die unabhängige Evaluation von Liesching et al., Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 143 ff., wonach die

Transparenzberichten veröffentlichten Verhältnis von Beschwerden und Löschungen (ca. 15 – 30 %) wird teilweise gefolgert, dass sich hieraus eine Bemühung der Anbieter um möglichst viele und schnelle Löschungen nicht ableiten ließe.⁴⁵³ Diese Interpretation der Daten ist jedoch keineswegs zwingend. Es ist ebenso gut denkbar, dass der hohe Anteil der abgelehnten Beschwerden darauf beruht, dass die Nutzer die Beschwerdemöglichkeiten ausnutzen, um auch massenhaft unbedenkliche Inhalte zu melden.⁴⁵⁴ Das erscheint im Angesicht der weit verbreiteten Berichterstattung über die Gefahren von Hasskriminalität im Netz durchaus plausibel. Im Übrigen darf auch die hohe Anzahl der Löschungen innerhalb von 24 Stunden bei der Beurteilung der empirischen Befunde nicht außer Acht bleiben.⁴⁵⁵ Gesicherte empirische Erkenntnisse liegen indes weder zum „Overblocking“ noch zum „Underblocking“ vor, da dies eine inhaltliche Überprüfung der Massen an durchgeführten Löschungen voraussetzen würde.⁴⁵⁶ Für die Verfassungsmäßigkeit des NetzDG ist jedoch nicht allein die empirisch feststellbare Umsetzung seiner Normen relevant; das Gesetz und seine inhärenten Gefahren für verfassungsmäßige Rechte müssen sich vielmehr auch *ex ante* anhand abstrakter rechtlicher Erwägungen prüfen und beurteilen lassen.⁴⁵⁷

Als rechtsdogmatisches Argument gegen den vielfach befürchteten Anreiz zum „Overblocking“ wird vorgebracht, dass dem Anbieter ein Bußgeld nur bei schuldhafter Verletzung seiner Pflicht zur Einrichtung eines ordnungsgemäßen Beschwerdemanagements drohe, also nur, wenn das „Underblocking“ auf einem systemischen Defizit im eingesetzten Verfahren beruht.⁴⁵⁸ Von diesem Vorwurf könne sich der Anbieter jedoch durch „zumutbare Anstrengungen“ bei der Prüfung im Beschwerdeverfahren befreien, mit der Folge, dass ihm vor allem in rechtlich schwierigen Fällen, in denen eine höchstrichterliche Klärung aussteht, kein Schuldvorwurf bei unterbliebener Löschung gemacht werden könne.⁴⁵⁹ Dieser Einwand ist zwar in gewissem Umfang berechtigt, doch widerlegt er nicht die Kritik an der ungleichen Anreizstruktur des NetzDG. Es bleibt nämlich dabei, dass der Anbieter durch das Gesetz nur einen einseitigen Anreiz zur Löschung erhält, auch wenn er ein Bußgeld nicht schon bei einer einzelnen Fehlbewertung zu befürchten hätte. Letztlich ist im Angesicht der Massen an Beschwerden, mit denen die Intermediäre konfrontiert sind, immer mit einer gewissen Zahl an falschen Entscheidungen zu rechnen.⁴⁶⁰ Da dem Anbieter jedoch nur für falsche Entscheidungen im Sinne des „Underblockings“, nicht jedoch im Sinne des „Overblockings“, ernsthafte wirtschaftliche Konsequenzen drohen, wird es stets seinem ökonomischen Interesse entsprechen, das Risiko des „Underblockings“ so gering wie möglich zu

Befunde eher auf ein „Overblocking“ in der Anwendungspraxis hindeuten.

453 *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 73.

454 Das erkennen auch *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 73.

455 *Liesching*, MMR 2020, 721, 722.

456 Vgl. *Liesching*, MMR 2020, 721, 722.

457 *Lüdemann* in *Eifert/Gostomzyk*, Netzwerkrecht, 2018, S. 158.

458 *Eifert*, NetzDG Evaluation, 2020, S. 53.

459 Vgl. die Bußgeldleitlinien des BMJV,

https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Themen/Fokusthemen/NetzDG_Bu%C3%9Fgeldleitlinien.pdf?__blob=publicationFile&v=5, S. 7 ff.

460 *Ladeur/Gostomzyk*, Gutachten zum NetzDG, 2017, S. 82.

halten, was er ganz einfach dadurch erreichen kann, dass er in Zweifelsfällen eher löscht als nicht löscht.⁴⁶¹

Auch das neu eingeführte Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahren in §§ 3b, 3c NetzDG ist nicht geeignet, ein Gegengewicht zum „Overblocking“-Anreiz zu bilden.⁴⁶² Im Falle einer Gegenvorstellung bleibt es dem Anbieter weiterhin unbenommen, an seiner bisherigen Entscheidung festzuhalten; ein Anspruch auf Wiederherstellung wird gerade nicht statuiert. Nachdem der überwiegende Teil der gelöschten Inhalte von den Anbietern als „offensichtliche Fälle“ von rechtswidrigen Inhalten gehandhabt und umgehend gelöscht wird, ist kaum damit zu rechnen, dass die Anbieter wegen der Möglichkeit der Gegenvorstellung ihr Löschverhalten anpassen werden. Auch das Schlichtungsverfahren steht letztlich zur Disposition des Anbieters und bietet für diesen kein ernstzunehmendes ökonomisches Risiko, welches die hohe Bußgelddrohung kompensieren könnte. Wenn schon die Gefahr der Klage eines betroffenen Nutzers kein solches Risiko darstellt, gilt das erst recht für das optionale und einfachere Schlichtungsverfahren.

Weiterhin ließe sich einwenden, dass der Anreiz zum „Overblocking“ inzwischen durch die neue Vorschrift des § 94 MStV, deren Verletzung ebenfalls gem. § 115 Abs. 1 Nr. 46 MStV mit Bußgeldstrafe bedroht ist, ausbalanciert wird. Dabei ist jedoch zu beachten, dass das Diskriminierungsverbot gem. § 94 MStV nur bestimmte Inhalte, nämlich journalistisch-redaktionelle Angebote schützt, während die Löschpflichten des NetzDG für sämtliche Inhalte gelten. Weiterhin wird eine Verletzung gem. § 94 Abs. 3 MStV in der Regel nur nach einem entsprechenden Antrag des Betroffenen bei der zuständigen Aufsichtsbehörde verfolgt, während das Beschwerdemanagement des NetzDG antragsunabhängig vom BfJ überwacht wird. Schließlich ist die Bußgelddrohung des § 4 Abs. 2 NetzDG auch 10 mal höher als die des § 115 Abs. 2 MStV. Bei einer rein ökonomischen Abwägung besteht deshalb im Zweifelsfall weiterhin ein struktureller Anreiz zur Löschung.

c) Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass auch nach der Novellierung des NetzDG die überzeugenderen Argumente für seine materielle Verfassungswidrigkeit wegen Verletzung der Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG sprechen.⁴⁶³ Im Hinblick auf das Gesamtsystem der geltenden Regulierung ist daher zu konstatieren, dass das NetzDG aufgrund seiner einseitigen Anreizstruktur die Verletzung der Grundrechte von Nutzern durch die Intermediäre fördert und damit den verfassungsrechtlichen Vorgaben für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung zuwiderläuft. Insbesondere konterkariert die Ausgestaltung der

⁴⁶¹ *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 140.

⁴⁶² Vgl. *Niggemann*, CR 2020, 326, 328 ff.

⁴⁶³ So bereits im Jahr 2017 der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages, WD 10 – 3000– 037/17.

Löschpflichten im NetzDG den praktischen Interessenausgleich im Verhältnis von Plattformanbietern und -nutzern, welcher erst im Nachhinein durch die Zivilgerichte geleistet werden kann, wenn ein Nutzer gerichtlich gegen eine Löschung vorgeht. Da Verstöße gegen die Pflichten des NetzDG deutlich schwerere Rechtsfolgen nach sich ziehen können, als Verstöße gegen die Pflichten des MStV, und die Löschpflichten des NetzDG weiter reichen als der Schutz durch das Diskriminierungsverbot des § 94 MStV, besteht auch im Verhältnis dieser beiden öffentlich-rechtlichen Regulierungsinstrumente ein Übergewicht zu Lasten der Plattformnutzer.

2. Kommunikative Fragmentierung durch inhaltliche Beschränkungen

Mit der Anpassung des öffentlichen Medienrechts an die veränderten Bedingungen der digitalen Informationsgesellschaft hat der Gesetzgeber in § 93 MStV erstmals besondere Transparenzpflichten für Intermediäre begründet.⁴⁶⁴ Er reagierte damit auf die verbreitete Befürchtung einer „kommunikativen Fragmentierung der Gesellschaft“, welche durch den Einsatz von Algorithmen bei der Auswahl und Reihung von Inhalten durch die Intermediäre bewirkt wird.⁴⁶⁵ Durch die Veröffentlichung der „zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten“ soll die Eigenverantwortlichkeit und Autonomie der Nutzer gestärkt und das Informationsgefälle zwischen Intermediär und Nutzer ausgeglichen werden.⁴⁶⁶ Im Endeffekt soll das Transparenzgebot also der Entstehung von „Filterblasen“ und „Echokammern“ durch unreflektiertes Nutzerverhalten entgegenwirken.

Auf der anderen Seite sind sowohl auf Seiten des Gesetzgebers als auch bei den Intermediären Bestrebungen auszumachen, um bestimmte meinungsrelevante Inhalte, die als schädlich empfunden werden, von der Kommunikation auf diesen Plattformen auszuschließen. Wie oben gezeigt wurde, setzt der Gesetzgeber durch die Löschpflichten des NetzDG einen Anreiz zur schnellen Löschung bestimmter an sich zulässiger Meinungsäußerungen und auch die Löschpraxis der Intermediäre anhand ihrer eigenen Nutzungsbedingungen, die von weiten Teilen der Rspr. und Literatur gebilligt wird, geht in diese Richtung. Betroffen sind insbesondere Meinungsäußerungen, die mit den Schlagwörtern „Hassrede“ und „Fake News“ in Verbindung gebracht werden.⁴⁶⁷ In der Praxis sind davon vor allem politische und weltanschauliche Positionen betroffen, die tendenziell eher dem rechten, konservativen oder populistischen Spektrum zuzuordnen sind.⁴⁶⁸

Stellt man diese beiden Tendenzen in der Regulierung einander gegenüber und vergleicht ihre intendierte Wirkung auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung, so wird ihr Konfliktpotential offensichtlich. Die öffentlichkeitswirksamen Eingriffe der großen Intermediäre in die Kommunikation

⁴⁶⁴ Teil II. A. III. 3. b).

⁴⁶⁵ Teil I. B. II. 1. a).

⁴⁶⁶ *Heidtke*, Meinungsbildung und Medienintermediäre, 2020, S. 337 f.

⁴⁶⁷ Teil III. A. I. 2.

⁴⁶⁸ Vgl. insbesondere die gerichtlich überprüften Fälle von Löschungen, Fn. 106, 107, 108.

auf ihren Plattformen, die oft im Zusammenhang mit politischen Großereignissen wie den US-Wahlen 2016 bzw. 2020 oder politischen Spannungsfeldern wie der Flüchtlingskrise 2015/16 oder der Corona-Krise erfolgten, haben dazu geführt, dass sich inzwischen mehrere alternative Kommunikationsplattformen etabliert haben. Diese stellen sich teils explizit als Verfechter der freien Meinungsäußerung in Abgrenzung zu den großen Intermediären dar (zum Beispiel Gab, Gettr, Bitchute) oder folgen bei der Moderation von Inhalten zumindest implizit nicht dem Kurs der US-basierten, großen Plattformanbieter (zum Beispiel Telegram, Vkontakte). Ebendieser Prozess leistet jedoch der immer wieder befürchteten „kommunikativen Fragmentierung der Gesellschaft“ Vorschub. Zwar lässt sich ein solcher Effekt der Löschpraxis derzeit ebenso wenig empirisch bestätigen wie der Verdacht⁴⁶⁹ von „Filterblasen“ und „Echokammern“, doch ist auch hier die theoretische Schlüssigkeit nicht von der Hand zu weisen: Wenn der Gesetzgeber durch das NetzDG und die großen Intermediäre durch ihre Löschpraxis signalisieren, dass bestimmte meinungsrelevante Inhalte, die an sich den Schutz der Meinungsfreiheit genießen würden, nicht auf den großen Plattformen verbreitet werden können, so ist es nur folgerichtig, dass sich separate Angebote etablieren, die dem faktisch vorhandenen Bedürfnis nach der Kommunikation solcher Inhalte nachkommen.

Die von den großen Plattformen missbilligten Inhalte werden damit also nicht eliminiert, sondern lediglich ins „digitale Abseits“, also auf kleinere Plattformen, verschoben („Deplatforming“). Im Zusammenspiel mit Netzwerk- und Lock-In-Effekten kann dies jedoch dazu führen, dass der kommunikative Kontakt zwischen konkurrierenden Meinungskomplexen abreißt und somit immer tiefere Gräben in der öffentlichen Kommunikation entstehen. So kann gerade bei denjenigen, die von großen Plattformen ins „digitale Exil“ verbannt werden, das Selbstbild einer „Gemeinschaft von Geächteten“ entstehen⁴⁷⁰, während sie von außen als gefährliche Vertreter „extremistischer“ Positionen verachtet werden⁴⁷¹ - ein Lehrbuchbeispiel der „Echokammer“⁴⁷². Die Auseinandersetzung mit dem politischen/weltanschaulichen Gegner verschiebt sich so weg von einer inhaltlichen Kritik oder Widerlegung hin zu grundsätzlichen Angriffen gegen die Legitimität der gegnerischen Position. Ein friedlicher Meinungskampf im Sinne einer demokratischen, auf das Allgemeinwohl gerichteten Willensbildung⁴⁷³ wird dadurch bedeutend erschwert.

Im Ergebnis lässt sich somit feststellen, dass die derzeit praktizierte inhaltliche Beschränkung der Meinungsfreiheit durch die großen Intermediäre letztlich dazu führen kann, dass der intendierte

⁴⁶⁹ Stark/Magin/Jürgens, *Ganz meine Meinung?*, 2017, S. 187

⁴⁷⁰ Vgl. etwa die Selbstbeschreibung der Plattform Gettr, die sich ausdrücklich als Alternative zu Twitter präsentiert: „A brand new social media platform founded on the principles of free speech, independent thought and rejecting political censorship and “cancel culture.”“, <https://gettr.com/onboarding> (abgerufen am 31.07.2022).

⁴⁷¹ Vgl. Mac/Paczkowski, *Apple Has Threatened To Ban Parler From The App Store*, BuzzFeed News, 08.01.2021, abrufbar unter <https://www.buzzfeednews.com/article/ryanmac/apple-threatens-ban-parler> (abgerufen am 31.07.2022): „Parler, the social network favored by conservatives and extremists“.

⁴⁷² Vgl. Stark/Magin/Jürgens, *Ganz meine Meinung?*, 2017, S. 33.

⁴⁷³ Teil I. B. I.

Effekt des Transparenzgebots gem. § 93 MStV zumindest teilweise konterkariert wird. Obwohl beide Regulierungsmechanismen nicht von vornherein widersprüchliche Ziele verfolgen, zeigt sich, dass gerade die gängige Löschpraxis der Intermediäre, die durch die einseitige Anreizstruktur des NetzDG gefördert und von weiten Teilen der Rspr. gebilligt wird, zu der kommunikativen Fragmentierung der Gesellschaft beitragen kann, welche durch das Transparenzgebot auf anderem Wege verhindert werden soll.

3. Verhältnis von Diskriminierungsverbot, § 94 MStV, und mittelbarer Drittwirkung, Art. 5 Abs. 1 GG

Will sich ein Plattformnutzer gegen den Eingriff eines Intermediärs in die von ihm veröffentlichten Inhalte zur Wehr setzen, so kann er sich grundsätzlich auf zwei verschiedene Schutzmechanismen berufen: Die mittelbare Drittwirkung der Meinungsfreiheit im zivilrechtlichen Plattformnutzungsverhältnis oder das öffentlich-rechtliche Diskriminierungsverbot des § 94 MStV. Im Folgenden sollen Voraussetzungen und Reichweite dieser beiden Schutzmechanismen verglichen werden.

a) Gegenstand der Regulierung

Gegenstand der zivilrechtlichen Regulierung ist das Vertragsverhältnis zwischen Plattformanbieter und -nutzer. Nach allgemeiner Ansicht liegt der Plattformnutzung ein gegenseitiger Vertrag zugrunde, der den Anbieter verpflichtet, dem Nutzer den Zugang zu seiner Plattform zu ermöglichen und ihre jeweilige technische Infrastruktur zur Verfügung zu stellen.⁴⁷⁴ Die vertraglichen Pflichten werden dabei insbesondere durch die Nutzungsbedingungen des Plattformanbieters ausgestaltet. Diese stellen nach allgemeiner Ansicht AGB i.S.v. § 305 Abs. 1 BGB dar⁴⁷⁵ und müssen sich deshalb an den gesetzlichen Vorgaben der §§ 307 ff. BGB messen lassen. Über die Generalklausel des § 307 Abs. 1 BGB ist auch mittelbar das Verfassungsrecht in die AGB-Kontrolle miteinzubeziehen.⁴⁷⁶ So bestimmt sich die Zulässigkeit etwaiger Löschklauseln abstrakt anhand des AGB-Rechts; die konkrete Ausübung der vertraglichen Befugnisse im Einzelfall wird am Maßstab der §§ 133, 157, 241 Abs. 2 BGB überprüft, wobei wiederum die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte zu beachten ist.⁴⁷⁷

Im Falle des Diskriminierungsverbots gem. § 94 MStV sind die „nach § 93 Abs. 1 bis 3 zu veröffentlichenden Kriterien“ der zentrale Anknüpfungspunkt der Prüfung. Diese sind Maßstab der Diskriminierung in den beiden Varianten des Abweichens von diesen Kriterien oder der unbilligen Behinderung durch diese Kriterien.⁴⁷⁸

⁴⁷⁴ Teil II. A. II. 3. b).

⁴⁷⁵ Teil II. A. II. 3. c) aa).

⁴⁷⁶ BVerfGE 7, 198, Rn. 28 ff. - „Lüth“; BVerfGE 148, 267, Rn. 32 - „Stadionverbot“.

⁴⁷⁷ Teil II. A. II. 3. c) dd).

⁴⁷⁸ Teil II. A. III. 3. c) bb).

Hierzu gehören zum Einen „die Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden“ gem. § 93 Abs. 1 Nr. 1 MStV. Solche Kriterien finden sich in den Nutzungsbedingungen der Intermediäre, welche regelmäßig Vorgaben dafür beinhalten, welche Inhalte auf der jeweiligen Plattform unzulässig sind und deshalb nicht dort verbleiben dürfen. Dazu gehören insbesondere die gängigen Löschklauseln, mit denen sich der Anbieter das Recht vorbehält, bestimmte Inhalte wieder von der Plattform zu entfernen und weitergehende Sanktionen bis zur endgültigen Sperrung des Nutzers zu verhängen. Diese Klauseln sind somit nicht nur als vertragliche Vereinbarungen Gegenstand der AGB-Kontrolle sondern auch Anknüpfungspunkt der öffentlich-rechtlichen Regulierung.

Darüber hinaus kann sich eine Diskriminierung auch aus den „zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten“ gem. § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV ergeben. Hier geht es nun um die Funktionsweise der technischen Automatismen, mit denen die Intermediäre die Anzeige von Informationen auf ihren Plattformen organisieren. Diese Kriterien werden in der Regel nicht als vertragliche Vereinbarungen in den Plattformnutzungsvertrag einbezogen, da sich der Anbieter nicht gegenüber dem Nutzer verpflichten will, ein bestimmtes technisches System zur Anwendung zu bringen. Die eingesetzten Algorithmen werden ebenso wie die technische Funktionsweise der Plattform stetig optimiert und angepasst, weshalb der Anbieter ein gewichtiges Interesse daran hat, seinen Leistungsumfang nicht im Zeitpunkt der Registrierung in jeder Hinsicht endgültig festzuschreiben. Dementsprechend behält er sich in der Regel das Recht vor, nachträglich einzelne Bestandteile der technischen Infrastruktur anzupassen.⁴⁷⁹ Die technische Ausgestaltung des Algorithmus als solche ist also nicht Gegenstand der AGB-Kontrolle; die unangemessene Benachteiligung eines bestimmten Inhalts durch den Algorithmus kann jedoch gegebenenfalls eine Verletzung von vertraglichen Nebenpflichten nach § 241 Abs. 2 BGB darstellen, insbesondere wenn sie aus rein politisch/weltanschaulichen Motiven erfolgt.

Anknüpfungspunkt für die Diskriminierung gem. § 94 MStV sind stets die „zu veröffentlichenden“ Kriterien, also die Kriterien, die der Intermediär wirklich gezielt anwendet, und nicht nur die faktisch „veröffentlichten“. Auch insofern geht § 94 MStV theoretisch über die zivilrechtliche AGB-Kontrolle hinaus, da in den Vertrag gem. § 305 Abs. 2 BGB nur die konkret veröffentlichten Nutzungsbedingungen einbezogen werden können.

⁴⁷⁹ *Bräutigam/von Sonnleitner*, Social Media Vertrag, 2015, Rn. 10 f.

b) Einzelfallprüfung oder systematische Begehungsweise?

§ 94 Abs. 2 MStV setzt in beiden Tatbestandsvarianten eine systematische Begehungsweise voraus. Die Gesetzesbegründung nennt als Kriterien der systematischen Diskriminierung zum einen die Planmäßigkeit und zum anderen Dauer und Regelmäßigkeit der Begehung.⁴⁸⁰

Erforderlich ist also in jedem Fall eine subjektive Zielgerichtetheit im Sinne des direkten Vorsatzes beim Plattformanbieter. Die Schlechterstellung einzelner Angebote muss gerade das intendierte Ziel der jeweiligen Maßnahme des Intermediärs sein oder zumindest sicher als Folge der Maßnahme erkannt und in Kauf genommen werden; die bloße Billigung der Benachteiligung als mögliche Nebenfolge einer Maßnahme (i.S.e. *dolus eventualis*) dürfte hingegen nicht mehr das Kriterium der Planmäßigkeit erfüllen, da es an einem „Plan“ im eigentlichen Sinne fehlt.⁴⁸¹ Offen bleibt indes, welche Rolle die Dauer und Regelmäßigkeit bei der Beurteilung der Diskriminierung spielen sollen. Wollte man diese Voraussetzung objektiv begreifen, so müsste bei jeder geltend gemachten Diskriminierung festgestellt werden, ob der Intermediär in vergleichbaren Fällen auch andere Angebote diskriminiert oder ob er bereits wiederholt einen bestimmten Anbieter schlechter gestellt hat. Da eine Diskriminierung jedoch meist nur im Einzelfall auf einen Antrag nach § 94 Abs. 3 MStV hin überprüft wird, ist entsprechendes Referenzmaterial womöglich nicht vorhanden. Außerdem erscheint es kaum gerechtfertigt, dass bei dem ersten festgestellten Fall einer Diskriminierung in Ermangelung von Vergleichsfällen die Regelmäßigkeit noch nicht nachgewiesen werden könnte, während das bei später festgestellten, vergleichbaren Fällen anders wäre. Dann hinge es allein vom Zufall ab, bei welchen Fällen die systematische Begehung bejaht werden könnte. Es erscheint deshalb gerechtfertigt, auch die Dauer und Regelmäßigkeit der Diskriminierung vorrangig subjektiv zu verstehen.⁴⁸² Eine systematische Diskriminierung läge dann bereits vor, wenn dem Intermediär die Intention unterstellt werden kann, die selbe Schlechterstellung auch in vergleichbaren Fällen bei anderen Angeboten oder beim selben Anbieter zu wiederholen. Das wird bei einer vorsätzlichen, planmäßigen Diskriminierung aber regelmäßig der Fall sein, sodass sich die systematische Begehung in der Regel im Nachweis des direkten Vorsatzes erschöpft. So wird etwa bei einer unbilligen Behinderung eines Angebots durch die Nutzungsbedingungen des Intermediärs eine systematische Begehungsweise meist ohne weiteren Nachweis anzunehmen sein, da die Nutzungsbedingungen vom Intermediär stets vorsätzlich und für eine unbestimmte Vielzahl von Einzelfällen vorformuliert werden.

Da für das zivilrechtliche Verhältnis stets nur die gegenseitigen Pflichten im konkreten Vertragsverhältnis maßstäblich sind, muss hier keine systematische Begehungsweise vorliegen;

⁴⁸⁰ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

⁴⁸¹ A.A. *Schneiders*, ZUM 2021, 480, 486 f., der auch systematische Diskriminierungen ohne Vorsatz für möglich hält, beispielsweise in Form eines „Popularity Bias“. Das liefe jedoch darauf hinaus, dass die Intermediäre aktiv versuchen müssten, bestimmte objektive Markttendenzen, wie bspw. die Anhäufung von Aufmerksamkeit bei ohnehin bereits bekannten Angeboten, zu verhindern, was zu weit gehen dürfte.

⁴⁸² A.A. *Schneiders*, ZUM 2021, 480, 487 (keine Diskriminierung im Einzelfall).

eine einmalige Vertragsverletzung genügt, um Gegenansprüche zu begründen. Die Nutzungsbedingungen des Anbieters werden unabhängig von dessen subjektiven Vorstellungen gem. §§ 133, 157 BGB aus der Sicht eines objektiven Empfängers ausgelegt. Zweifel bei der Auslegung gehen gem. § 305c Abs. 2 BGB zu Lasten des Anbieters. Bei der Löschung oder Behinderung von Meinungsäußerungen ist die Zulässigkeit der Maßnahme stets anhand des konkreten Einzelfalls zu bestimmen. Der Sinn der jeweiligen Äußerung ist dabei in ihrem Gesamtzusammenhang aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständlichen Durchschnittsrezipienten zu bestimmen und im Zweifel zugunsten ihrer Zulässigkeit auszulegen.⁴⁸³ Stellt sich zum Beispiel eine verwendete Löschklausel als unangemessen i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB dar, oder erfolgt die Ausübung der Löschbefugnis gem. § 241 Abs. 2 BGB auf unzulässige Art und Weise, so folgt bereits aus dem Vertrag ein verschuldensunabhängiger Erfüllungsanspruch auf Wiederherstellung des gelöschten Inhalts.⁴⁸⁴ Ein subjektives Verschulden des Anbieters ist nur erforderlich, soweit ein Anspruch auf § 280 Abs. 1 BGB gestützt wird, wobei hier im Gegensatz zu § 94 Abs. 2 MStV auch ein fahrlässiges Verhalten genügt und das Verschulden vermutet wird.

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot gem. § 94 MStV stets den Vorsatz des Intermediärs voraussetzt, ein bestimmtes Angebot und darüber hinaus auch andere Angebote in vergleichbaren Fällen zu benachteiligen. Ein zivilrechtlicher Abwehranspruch lässt sich hingegen meist unabhängig von den subjektiven Vorstellungen des Plattformanbieters begründen, da die Vertragswidrigkeit eines Eingriffs sowohl bei der abstrakten AGB-Kontrolle als auch bei der konkreten Ausübungskontrolle vorrangig objektiv zu beurteilen ist. Während § 94 MStV nur die systematische Diskriminierung verbietet, findet im Zivilrecht stets eine Einzelfallprüfung statt.

c) Diskriminierung gem. § 94 Abs. 2 MStV als Verletzung vertraglicher Pflichten

Wenn eine systematische Begehungsweise auf Seiten des Intermediärs vorliegt, stellt sich die Frage, inwieweit die Diskriminierung i.S.v. § 94 Abs. 2 MStV auch eine Verletzung vertraglicher Pflichten des Plattformnutzungsvertrages darstellt und deshalb zivilrechtliche Abwehransprüche des Nutzers gegen den Anbieter neben die öffentlich-rechtliche Haftung treten.

aa) Abweichen ohne sachlich gerechtfertigten Grund, § 94 Abs. 2 Alt. 1 MStV

Weicht der Anbieter von seinen Nutzungsbedingungen *zulasten* einen bestimmten Nutzers bzw. Inhalts ab, zum Beispiel durch Überdehnung seiner vertraglich eingeräumten Löschbefugnisse, so liegt grundsätzlich eine Verletzung vertraglicher Hauptleistungspflichten vor, die entsprechende

⁴⁸³ *Holznagel*, CR 2019, 518, 522.

⁴⁸⁴ Teil II. A. II. 3. b).

Wiederherstellungsansprüche des beeinträchtigten Nutzers begründet.⁴⁸⁵ Eine Verteidigung des Abweichens durch „sachlich gerechtfertigte Gründe“ wäre zunächst nur möglich, wenn diese Sachgründe selbst in hinreichend bestimmter Weise in den Nutzungsbedingungen genannt sind, da ansonsten eine unbestimmte Möglichkeit zur Ausdehnung der vertraglich vereinbarten Löschbefugnisse gegeben wäre, was nicht mit § 307 Abs. 1 S. 2 BGB vereinbar ist. Darüber hinaus wäre an eine Rechtfertigung des Abweichens nur im Rahmen besonderer Einzelfälle zu denken, wenn ein Festhalten an der vertraglichen Vereinbarung mit dem Gebot von Treu und Glauben gem. § 242 BGB schlechthin unvereinbar wäre. Solche Fälle dürften in der Praxis jedoch kaum relevant werden, da es der Anbieter grundsätzlich in der Hand hat, sich solche Gründe für ein Abweichen vom Vertrag (zum Beispiel aus technischen Gründen) in den Nutzungsbedingungen vorzubehalten. Rein politische oder weltanschauliche Gründe kommen jedenfalls im Lichte der mittelbaren Drittwirkung von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG nicht als rechtfertigende Sachgründe in Frage.⁴⁸⁶ Das Zivilrecht ist insofern also strenger als § 94 Abs. 2 MStV, da die möglichen Sachgründe in dieser Norm nicht abschließend aufgezählt oder durch Regelbeispiele konkretisiert werden und daher grundsätzlich der Auslegung zugänglich sind.

Ein Abweichen von den Nutzungsbedingungen *zugunsten* eines anderen Angebots, zum Beispiel durch das Absehen von (an sich möglichen) Löschungen bei politisch bevorzugten Inhalten, stellt hingegen grundsätzlich keine Verletzung vertraglicher Pflichten dar, da kein individueller Anspruch eines Nutzers darauf besteht, dass die Löschbefugnisse gegenüber anderen Nutzern konsequent ausgeübt werden. Das wäre nur anders, wenn der bevorzugte Inhalt wiederum eine Rechtsverletzung gegenüber einem anderen Nutzer enthält, da in diesem Fall Unterlassungsansprüche des verletzten Nutzers gegen den Plattformanbieter als Zustandsstörer entstehen können.⁴⁸⁷ Darüber hinaus ist die Sicherstellung der objektiven Meinungsvielfalt und diskriminierungsfreien Handhabung der plattformeigenen Regeln im Interesse der öffentlichen Meinungsbildung nicht Sache des Zivilrechts⁴⁸⁸, sondern Aufgabe des öffentlichen Medienrechts. Insoweit geht § 94 Abs. 2 Alt. 1 MStV also über das zivilrechtliche Haftungsregime hinaus.

bb) „unbillige Behinderung“ gem. § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV und „unangemessene Benachteiligung“ gem. § 307 Abs. 1 BGB

Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, die zweite Variante der Diskriminierung durch „unbillige Behinderung“ eines Angebots durch Regelbeispiele zu konkretisieren. Die Gesetzesbegründung fordert an dieser Stelle lediglich eine umfassende Abwägung aller Interessen der Betroffenen, wobei auch die gesetzlichen Wertungen anderer Rechtsgebiete zu berücksichtigen seien.⁴⁸⁹ Der

⁴⁸⁵ Teil II. A. II. 3. b).

⁴⁸⁶ Vgl. OLG München v. 07.01.2020 – 18 U 1491/1, Rn. 109, 118.

⁴⁸⁷ S. hierzu *Wagner*, GRUR 2020, 329.

⁴⁸⁸ Vgl. MüKoBGB/*Wurmnest*, § 307, Rn. 52.

⁴⁸⁹ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

unbestimmte Rechtsbegriff der „unbilligen Behinderung“ ähnelt dabei bereits in sprachlicher Hinsicht der „unangemessenen Benachteiligung“ in § 307 Abs. 1 BGB, welche ebenfalls anhand einer umfassenden Interessenabwägung im Einzelfall zu beurteilen ist und letztlich eine Ausprägung des allgemeinen Gebots von Treu und Glauben gem. § 242 BGB darstellt.⁴⁹⁰ Während grundgesetzliche Wertungen auch im Zivilrecht über die Figur der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte einbezogen werden können, stellt die Berücksichtigung subjektiv-öffentlicher Rechte im Rahmen von § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV von vornherein keine Schwierigkeit dar. Steht also die Benachteiligung eines Inhalts durch die Nutzungsbedingungen eines Intermediärs in Frage, so sind in der Sache sowohl bei der AGB-Kontrolle gem. § 307 Abs. 1 BGB als auch bei der Frage des Diskriminierung gem. § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV die selben Rechte und Interessen von Anbieter und Nutzer gegeneinander abzuwägen.⁴⁹¹ Auch im Rahmen von § 307 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich gleichgültig, ob eine Benachteiligung mittelbar oder unmittelbar erfolgt (Vgl. auch §§ 3, 6 AGG). Der Hinweis auf „gesetzliche Wertungen anderer Rechtsgebiete“ in der Begründung zum MStV (Fn. 235) deutet ebenfalls darauf hin, dass der Gesetzgeber an dieser Stelle einen Gleichlauf von öffentlich-rechtlicher und zivilrechtlicher Interessenabwägung erreichen wollte.⁴⁹²

Das bedeutet, dass Klauseln zulasten bestimmter meinungsrelevanter Inhalte, die gem. § 307 Abs. 1 BGB als unangemessen und damit unwirksam anzusehen sind, grundsätzlich auch eine Diskriminierung i.S.v. § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV darstellen müssten. Der Umstand, dass sich der Anbieter auf eine unwirksame Klausel nicht berufen kann, dürfte der Erfüllung des Tatbestandes der Diskriminierung nicht entgegenstehen, da der öffentlich-rechtliche Schutz ansonsten leer laufen würde und die Unwirksamkeit der Klausel nur von einem individuellen Nutzer auf eigenes Risiko gerichtlich geltend gemacht werden könnte. § 94 MStV soll jedoch gerade im öffentlichen Interesse der Meinungsvielfalt auch die hoheitliche Sanktionierung solcher Diskriminierungen ermöglichen.

d) Ergebnis

Der Vergleich des öffentlich-rechtlichen und zivilrechtlichen Haftungsregimes bei unberechtigter Schlechterstellung eines meinungsrelevanten Inhalts zeigt, dass die einschlägigen Normen, abgesehen von ihren unterschiedlichen Anwendungsbereichen⁴⁹³, auch inhaltlich nicht völlig gleichläufig sind. Der wichtigste Unterschied besteht in der Voraussetzung der systematischen Begehungsweise in § 94 Abs. 2 MStV, die einer vorrangig objektiven Einzelfallprüfung im Zivilrecht gegenübersteht. Das kommt vor allem dann zu tragen, wenn der Intermediär *zulasten* eines bestimmten Inhalts von seinen Nutzungsbedingungen oder Algorithmen abweicht. Bei

⁴⁹⁰ MüKoBGB/*Wurmnest*, § 307, Rn. 33 ff.

⁴⁹¹ Teil II. A. II. 3. c) bb) (2) (bb).

⁴⁹² Die Rspr. der Zivilgerichte zu diesem Themenkomplex war bei der Ausarbeitung des MStV als bekannt vorauszusetzen.

⁴⁹³ Teil III. A. II.

Abweichungen *zugunsten* bestimmter Inhalte geht die Verbotswirkung von § 94 Abs. 2 Alt. 1 MStV hingegen weiter als die zivilrechtliche Haftung. Diese Abweichungen sind jedoch für sich genommen nicht als Friktionen zu bewerten. Sie kommen erst zum Tragen, wenn aufgrund der unterschiedlichen Anwendungsbereiche oder aufgrund der praktischen Durchsetzbarkeit nur einer von beiden Schutzmechanismen eingreift.

Weitgehende Überschneidung besteht indes bei der Kontrolle der Nutzungsbedingungen der Intermediäre, da hier in der Regel der Vorsatz des Intermediärs gegeben ist und sowohl die „unbillige Behinderung“ gem. § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV als auch die „unangemessene Benachteiligung“ gem. § 307 Abs. 1 BGB anhand der selben Interessenabwägung zu beurteilen sind. Auch eine unbillige Behinderung durch die eingesetzten Algorithmen kann zivilrechtlich als Verletzung vertraglicher Nebenpflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB erfasst werden, wobei wiederum die selbe Interessenabwägung zum Tragen kommt.

IV. Friktionen bei Umsetzung und Kontrolle

Auf der Ebene der praktischen Umsetzung und Kontrolle der untersuchten Regelwerke entscheidet sich, ob bzw. wie die vom Gesetzgeber intendierte Regulierungswirkung letztlich in die Praxis umgesetzt werden kann. Dabei spielt vor allem eine Rolle, welche der geltenden Regulierungsmechanismen die größte faktische Wirkung entfalten und wie sich die praktischen Rechtsschutzmöglichkeiten und Aufsichtsbefugnisse zueinander verhalten.

1. Verhältnis von Nutzungsbedingungen und NetzDG in der Löschraxis der Intermediäre

a) Unterschiedliches Regulierungsregime

Soweit die Intermediäre aktiv in die Kommunikation auf ihren Plattformen eingreifen und bestimmte Inhalte aufgrund ihres schädlichen Inhalts löschen bzw. sperren wollen, stehen für ein solches Vorgehen in der Praxis zwei verschiedene Begründungswege zur Verfügung: der Plattformanbieter kann den Inhalt entweder wegen eines Verstoßes gegen seine eigenen Nutzungsbedingungen weltweit von der Plattform entfernen oder wegen Vorliegen eines rechtswidrigen Inhalts gem. § 1 Abs. 3 NetzDG entsprechend den Vorgaben des NetzDG in Deutschland sperren. Welche der beiden Varianten zur Anwendung kommt, bestimmt maßgeblich, welcher rechtliche Maßstab an das Handeln des Anbieters anzulegen ist. Während bei Erfüllung eines Straftatbestandes i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG das strenge Compliance-Regime des NetzDG mit entsprechenden Vorgaben für das Löschverfahren, Berichtspflicht und Bußgeldandrohung bei Verstößen zu Anwendung kommt, ist der Anbieter bei der Durchsetzung seiner eigenen Nutzungsbedingungen deutlich freier. Die Rechte des Nutzers, einschließlich Verfahrensrechte wie Anhörung und Gegenvorstellung,

bestimmen sich in diesem Falle nach den Vorschriften des Zivilrechts, deren Ausgestaltung im Einzelfall von einer inzwischen umfangreichen und komplexen Rspr. der Instanzgerichte geprägt wird.⁴⁹⁴ Die Nutzungsbedingungen der Anbieter gehen dabei in der Regel weit über den Anwendungsbereich des NetzDG hinaus⁴⁹⁵. Während § 1 Abs. 3 NetzDG nur eine abgeschlossene Aufzählung bestimmter Straftatbeständen enthält, sehen die Nutzungsbedingungen aller großen Intermediäre auch das Verbot von nicht strafbaren Meinungsäußerungen, insbesondere von „Hassrede“⁴⁹⁶, vor.

Lange Zeit war unklar, inwieweit das Verhältnis von Beschwerden bzw. Löschungen nach den plattformeigenen Nutzungsbedingungen und nach dem NetzDG aus den halbjährlichen Transparenzberichten der Plattformanbieter hervorgehen musste. Fraglich war dabei vor allem, wie der Begriff der berichtspflichtigen „Beschwerden über rechtswidrige Inhalte“ i.S.v. § 2 NetzDG auszulegen war, ob davon alle Beschwerden umfasst sind, die sich inhaltlich auf einen Straftatbestand i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG beziehen, oder ob an den formellen Meldeweg über ein spezielles „NetzDG-Formular“ anzuknüpfen ist.⁴⁹⁷ Im Rahmen der Novellierung des NetzDG durch das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“⁴⁹⁸ wurde deshalb der neue § 1 Abs. 4 NetzDG eingefügt, der als berichtspflichtige Beschwerde „jede Beanstandung eines Inhaltes mit dem Begehren der Entfernung des Inhaltes oder der Sperrung des Zugangs zum Inhalt“ definiert, „es sei denn, dass mit der Beanstandung erkennbar nicht geltend gemacht wird, dass ein rechtswidriger Inhalt vorliegt.“ Nach der neuen Definition müssten in die Transparenzberichte also grundsätzlich sämtliche Beschwerden aufgenommen werden, unabhängig von deren direkter Bezugnahme auf das NetzDG oder der Nutzung eines gesonderten Meldewegs.⁴⁹⁹ Fraglich bleibt jedoch, ab wann die gerügten Inhalte „erkennbar“ keinen rechtswidrigen Inhalt darstellen sollen. Ob ein Inhalt einen der Straftatbestände i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG erfüllt, kann regelmäßig erst nach einer ersten Überprüfung der Beschwerde entschieden werden. Die Ausnahme dürfte sich also nur bei solchen Beschwerden auswirken, bei denen nicht auf das NetzDG Bezug genommen wird und zudem auf den ersten Blick erkennbar ist, dass keinesfalls ein strafbarer Inhalt i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG vorliegt. In Frage kommen zum Beispiel Beschwerden, die ausdrücklich nur eine Verletzung des Urheberrechts rügen. Bei vielen Beschwerden wegen Verletzung der Nutzungsbedingungen wird jedoch das Vorliegen eines strafbaren Inhalts nicht von vornherein auszuschließen sein, da sich beispielsweise auch bei einer Beschwerde wegen „Hassrede“ die Frage der Strafbarkeit nach § 185 StGB oder § 130 StGB stellen kann.

494 Teil II. A. II. 3., 4.

495 *Eifert*, NetzDG Evaluation, 2020, S. 24.

496 Teil III. A. I. 2. b).

497 *Eifert*, NetzDG Evaluation, 2020, S. 24 ff.

498 BR-Drs. 87/20.

499 Vgl. *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518, 521.

b) Praktische Handhabung durch die Intermediäre

In der Praxis handhaben die drei größten Intermediäre (Facebook, YouTube, Twitter) den Bericht über das Verhältnis von Beschwerden bzw. Löschungen nach ihren Nutzungsbedingungen und nach dem NetzDG unterschiedlich: Facebook war anfangs damit aufgefallen, dass es im Vergleich zu den anderen Anbietern über extrem niedrige Beschwerdezahlen nach dem NetzDG berichtete, was wohl vor allem daran lag, dass eine NetzDG-Beschwerde nur über ein spezielles, schwer auffindbares und ausführliches Beschwerdeformular getätigt werden konnte.⁵⁰⁰ Im Laufe des Jahres 2021 hat Facebook diesen Meldeweg angepasst, sodass das entsprechende Formular nun auch unmittelbar von einem bestimmten Beitrag, der gemeldet werden soll, angesteuert werden kann. Bis zum Januar 2021 berichtete Facebook nur über die Anzahl der Beschwerden, die mittels dieses speziellen Formulars getätigt werden, weshalb deren Gesamtanzahl verhältnismäßig gering ausfiel (Nur 4.211 Beschwerden im zweiten Halbjahr 2020)⁵⁰¹. Inzwischen hat Facebook seine Berichte angepasst und führt nun deutlich mehr Beschwerden auf.⁵⁰² YouTube⁵⁰³ und Twitter⁵⁰⁴ berichten hingegen seit jeher über sämtliche Beschwerden unabhängig vom Beschwerdegrund oder Meldeweg, weshalb sie anfangs im Schnitt mehr als 100mal so viele Beschwerden wie Facebook verzeichneten.

Alle drei Plattformen verfahren bei Beschwerden jedoch nach derselben zweistufigen Prüfung: Ein gemeldeter Inhalt wird zunächst anhand der eigenen Nutzungsbedingungen überprüft, wobei ein Verstoß zur weltweiten Löschung ohne weitere Prüfung anhand des NetzDG führt. Nur wenn kein Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen festgestellt werden kann, erfolgt eine Prüfung anhand der Straftatbestände des § 1 Abs. 3 NetzDG, was gegebenenfalls zu einer Sperrung des Inhalts in Deutschland führt.⁵⁰⁵ Die Beschreibung der Prüfungsreihenfolge im Transparenzbericht entspricht dem neu eingefügten § 2 Abs. 2 Nr. 3 NetzDG, wonach „die Reihenfolge der Prüfung, ob ein rechtswidriger Inhalt vorliegt oder ob gegen vertragliche Regelungen zwischen Anbieter und Nutzer verstoßen wird“ anzugeben ist.

Aufschluss über das tatsächliche Verhältnis von Nutzungsbedingungen und NetzDG in der Löschpraxis der Intermediäre geben dabei vor allem die Angaben von Facebook und YouTube über die Anzahl der Löschungen aufgrund ihrer Nutzungsbedingungen (1. Stufe) gegenüber Sperrungen nach dem NetzDG (2. Stufe): So nahm Facebook im zweiten Halbjahr 2021⁵⁰⁶

⁵⁰⁰ *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 72; dies hatte auch das BfJ zur Verhängung eines Bußgelds gegen Facebook veranlasst, <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Facebook-wehrt-sich-gegen-NetzDG-Bussgeld-4475699.html> (abgerufen am 31.07.2022).

⁵⁰¹ <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2021/01/Facebook-NetzDG-Transparenzbericht-Januar-2021.pdf>, S. 5.

⁵⁰² <https://about.fb.com/de/wp-content/uploads/sites/10/2022/01/NetzDG-DE.pdf>, S. 5.

⁵⁰³ <https://transparencyreport.google.com/netzdg/youtube?hl=de>.

⁵⁰⁴ <https://transparency.twitter.com/content/dam/transparency-twitter/netzdg/NetzDG-Jul-Dec-2021.pdf>, S. 20.

⁵⁰⁵ Facebook, Fn. 502, S. 2; YouTube, Fn. 503; Twitter, Fn. 504.

⁵⁰⁶ Vgl. für das Berichtshalbjahr 2018/1 bereits *Löber/Roßnagel*, MMR 2019, 71, 73.

insgesamt 17.730 Löschungen aufgrund von Beschwerden vor, wovon 16.648 (entspricht ca. 93 %) bereits auf der ersten Stufe wegen eines Verstoßes gegen die Nutzungsbedingungen von Facebook weltweit entfernt wurden.⁵⁰⁷ Noch deutlicher wird dieses Verhältnis an der größeren Menge von entfernten Inhalten bei YouTube: Hier erfolgten im selben Zeitraum 42.443 von insgesamt 43.847 Löschungen (entspricht ca. 96 %) schon aufgrund der eigenen Nutzungsbedingungen.⁵⁰⁸ Twitter stellt in seinen Berichten zwar nur die Anzahl getroffener „Maßnahmen“ dar, ohne dabei zwischen Löschungen auf der ersten oder der zweiten Stufe zu unterscheiden,⁵⁰⁹ es gibt jedoch keinen Grund zu Annahme, dass das Verhältnis hier anders ausfallen sollte.

Die dargestellten Befunde lassen deutlich erkennen, dass die Regulierung des meinungsrelevanten Bereichs durch die Intermediäre ganz überwiegend durch die eigenen Nutzungsbedingungen der Plattformanbieter bestimmt wird.⁵¹⁰ In der Regel erfolgen Eingriffe in die Kommunikation aufgrund der vom Anbieter selbst gesetzten Regeln und nur in wenigen Ausnahmefällen müssen Inhalte zwingend aufgrund des NetzDG gesperrt werden, wenn ein nach deutschem Recht strafbarer Inhalt nicht durch die Nutzungsbedingungen erfasst wird. Der Großteil der berichteten Löschungen beruht dabei meist auf Beschwerden wegen Volksverhetzung, Hassrede oder politischem Extremismus (ca. 33 % bei YouTube)⁵¹¹. Auch der Bereich der Persönlichkeitsverletzung durch Beleidigung etc. spielt eine wichtige Rolle (ca. 16 % bei Twitter und YouTube)⁵¹². „Hassrede“ oder Volksverhetzung stellten dabei auch in nahezu allen einschlägigen Entscheidungen der Zivilgerichte die Begründung für die Löschungen durch Facebook dar.⁵¹³ Gerade in diesem Bereich kommt es augenscheinlich zu den meisten Konflikten zwischen der Meinungsfreiheit des Nutzers und den Vorgaben der Plattformanbieter, die durch ihre Verbote von „Hassrede“ u.ä. einen weiten Bereich für die Entfernung von meinungsrelevanten Inhalten öffnen, die nicht der Strafbarkeit unterliegen.⁵¹⁴

Es erscheint dabei auch durchaus naheliegend, dass gerade die hohen Bußgelddrohungen durch das NetzDG die Anbieter dazu veranlassen, mehr Löschungen bereits auf Grundlage ihrer eigenen Nutzungsbedingungen vorzunehmen, um gar nicht in die Gefahr zu geraten, das strenge Regime des NetzDG zu verletzen.⁵¹⁵ Auffällig ist auch, dass der größte Teil dieser Löschungen

507 S.o. Fn. 502, S. 12.

508 S.o. Fn. 503.

509 S.o. Fn. 504.

510 Vgl. die umfassende Darstellung im zeitlichen Vergleich bei *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 103 ff.

511 S.o. Fn. 503.

512 S.o. Fn. 503, 504.

513 Vgl. nur OLG München v. 07.01.2020 – 18 U 1491/19; OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18; OLG Karlsruhe v. 28.02.2019 – 6 W 81/18; KG Berlin v. 22.03.2019 – 10 W 172/18; LG Frankfurt v. 10.09.2018 – 2-03 O 310/18; LG Offenburg v. 26.09.2018 – 2 O 310/18; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18.

514 Teil III. A. I. 2. b).

515 *Eifert*, NetzDG Evaluation, 2020, S. 29; *Liesching et al.*, Das NetzDG in der praktischen Anwendung, 2021, S. 130 f.; *Lüdemann* in *Eifert/Gostomzyk*, Netzwerkrecht, 2018, S. 164, dort Fn. 40.

innerhalb von 24 Stunden nach der Beschwerde erfolgt, was sich dahingehend deuten lässt, dass sich die Anbieter auch bei der Durchsetzung der eigenen Nutzungsbedingungen an den sehr kurzen Fristen des NetzDG orientieren.

c) Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass in der Praxis vor allem die eigenen Wertentscheidungen der Intermediäre dafür verantwortlich sind, wie stark von Seiten der Anbieter in die plattformbasierte Kommunikation eingegriffen wird. Das NetzDG hat hier möglicherweise zusätzliche Anreize geschaffen, um Inhalte schnell und effektiv zu entfernen; überprüfen lässt sich dies allerdings nur schwer, da keine Vergleichswerte für die Zeit vor 2018 vorliegen. Der allergrößte Teil der Löschungen erfolgt jedenfalls nicht aufgrund einer Verletzung des deutschen Strafrechts, sondern wegen Verstößen gegen die plattformeigenen Verhaltensregeln der Intermediäre. Die individuellen ökonomischen und ideellen Interessen der Plattformanbieter stellen also in der Praxis den wichtigsten Grund für Eingriffe in die Meinungsbildung auf diesen Plattformen dar. Die Macht der Intermediäre über die öffentlichen Kommunikationsprozesse auf ihren Plattformen hängt deshalb entscheidend damit zusammen, wie stark deren Interessen im Vergleich zu den berechtigten Interessen der Nutzer gewichtet werden.

2. Unterschiedliche Rechtsschutzmöglichkeiten von Nutzern

a) Zivilrechtsweg

Das Vorgehen gegen eine Vertragspflichtverletzung durch den Anbieter, insbesondere durch Geltendmachung eines Wiederherstellungsanspruchs bei Sperrung/Löschung von meinungsrelevanten Inhalten, erfolgt durch die Klage vor den Zivilgerichten. Klageantrag kann neben der Wiederherstellung auch die Unterlassung künftiger Löschungen sein. Klagegegner ist in der Regel die europäische Niederlassung der Plattformanbieters mit Sitz in Dublin, Irland.

Der Nutzer wird dabei für effektiven Rechtsschutz meist auf das einstweilige Verfügungsverfahren gem. §§ 938 ff. ZPO angewiesen sein, da die Wiederherstellung einer Meinungsäußerung oft nur im engen zeitlichen Kontext Sinn ergibt.⁵¹⁶ Dementsprechend sind der überwiegende Teil der publizierten Entscheidungen in diesem Bereich im einstweiligen Verfügungsverfahren ergangen. Für die Zustellung der Antrags- bzw. Klageschrift im Ausland genügt gem. Art. 8 Abs. 1 S. 1 lit. a) EuZustVO ein Schriftstück in deutscher Sprache.⁵¹⁷ Die meisten Gerichten sehen in der Anordnung der Wiederherstellung bzw. Unterlassung durch

⁵¹⁶ Zur Eilbedürftigkeit beispielhaft OLG München v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, Rn. 51 ff.

⁵¹⁷ OLG Dresden v. 07.04.2020 – 4 U 2805/19, Rn. 8; LG Offenburg v. 26.09.2018 – 2 O 310/18, Rn. 32 ff.

einstweilige Verfügung keine verbotene Vorwegnahme der Hauptsache, da dem Anbieter dadurch nur eine spezielle, eng begrenzte Art der Leistungseinschränkung untersagt wird und der Nutzer auf die Erfüllung seines Anspruchs dringend angewiesen ist.⁵¹⁸ Bei Erlass einer gerichtlichen Verfügung durch Beschluss muss der Nutzer von dieser innerhalb der einmonatigen Vollziehungsfrist gem. §§ 936 Abs. 2, 929 Abs. 2 ZPO durch Zustellung an den Anbieter Gebrauch machen. Bei Zustellungen im Ausland genügt für die rechtzeitige Vollziehung der Antrag auf Auslandszustellung bei Gericht und die tatsächliche Zustellung „demnächst“ i.S.v. § 167 ZPO.⁵¹⁹

Vor den Zivilgerichten trägt grundsätzlich der Nutzer als Kläger die Darlegungs- und Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen inklusive der behaupteten Rechtswidrigkeit einer Sperrung/Löschung, da er gegen den Anbieter einen vertraglichen Erfüllungs- bzw. Schadenersatzanspruch geltend macht.⁵²⁰ Die Erfolgsaussichten eines gerichtlichen Vorgehens hängen dabei stark von den Umständen des Einzelfalls ab, da die Gerichte die konkrete Äußerung in ihrem jeweiligen Gesamtzusammenhang beurteilen und oft eine Interessenabwägung zwischen den betroffenen Interessen der Beteiligten vornehmen müssen. Die richterliche Unabhängigkeit führt außerdem dazu, dass die Entscheidung je nach zuständigem Gericht anders ausfallen kann und der Kläger gegebenenfalls auf den Instanzenzug angewiesen ist. Da der Streitwert überwiegend mit ca. € 7.500 bis € 10.000 bemessen wird,⁵²¹ sind in erster Instanz die Landgerichte zuständig; Berufungs- bzw. Beschwerdegerichte sind die Oberlandesgerichte. Der Weg zum BGH steht nur bei Zulassung der Revision nach § 543 Abs. 2 ZPO offen.⁵²² Da der BGH inzwischen in einem ausführlichen Urteil zu den meisten Rechtsfragen im Zusammenhang mit Wiederherstellungsansprüchen Stellung genommen hat, dürfte eine Klärungsbedürftigkeit der Rechtssache in vielen Fällen nicht mehr gegeben sein. Offen gelassen wurde aber beispielsweise die Frage der Transparenzpflichtverletzung bei den „Hassrede“-Löschklauseln von Facebook.⁵²³

Insgesamt ist die Beschreitung des Zivilrechtsweges für den Nutzer daher mit einem ernstzunehmenden Kosten- und Prozessrisiko verbunden. Bei den einschlägigen Rechtsproblemen handelt es sich um eine Spezialmaterie mit inzwischen ausführlicher Behandlung in Rspr. und Literatur, sodass in der Regel ein spezialisierter Rechtsanwalt hinzugezogen werden muss; die anwaltliche Vertretung ist für die Postulationsfähigkeit nach § 78 ZPO ohnehin zwingend erforderlich. Das Interesse des Nutzers an der Wiederherstellung seiner

518 OLG München v. 24.08.2018 – 18 W 1294/18, Rn. 48 ff.; LG Offenburg v. 26.09.2018 – 2 O 310/18, Rn. 71; a.A. noch OLG München v. 17.07.2018 – 18 W 858/18, Rn. 57 ff.

519 OLG Dresden v. 07.04.2020 – 4 U 2805/19, Rn. 5 ff.

520 OLG München v. 26.09.2019 - 18 U 1310/19, Rn. 9.

521 S. nur OLG Dresden v. 08.08.2018 – 4 W 577/18; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18; OLG Karlsruhe v. 28.02.2019 – 6 W 81/18; OLG München v. 17.07.2018 – 18 W 858/18, Rn. 64; LG Bamberg v. 18.10.2018 – 2 O 248/18; deutlich höher (€ 86.500) jedoch bei OLG München v. 07.01.2020 – 18 U 1491/19, Rn. 218 ff.

522 Zulassung wegen grundsätzlicher Bedeutung bei OLG München v. 07.01.2020 – 18 U 1491/19, Rn. 223.

523 BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20. Rn. 97.

Beiträge ist jedoch oft eher ideeller Natur, weshalb der organisatorische, zeitliche und finanzielle Aufwand einer Klage regelmäßig nicht im Verhältnis hierzu stehen wird.⁵²⁴

b) Verwaltungsrechtsweg

aa) Antrag bei Aufsichtsbehörde

Will ein Nutzer eine Verletzung des Diskriminierungsverbots nach § 94 MStV durch den Plattformanbieter geltend machen, so geht es um einen Verstoß gegen öffentlich-rechtliche Pflichten, der grundsätzlich nicht zu einem selbständig einklagbaren Anspruch des Nutzers gegen den Anbieter führt, sondern lediglich das Einschreiten der staatlichen Aufsichtsbehörden ermöglicht. Ein Tätigwerden der zuständigen Landesmedienanstalt als Aufsichtsbehörde erfordert nach § 94 Abs. 3 MStV in den meisten Fällen zunächst einen begründeten Antrag des betroffenen Nutzers. Eine Ermittlung oder ein Einschreiten von Amts wegen findet, außer in „offensichtlichen Fällen“, nicht statt.⁵²⁵ Nach der Prüfung des Antrags stehen der zuständigen Landesmedienanstalt, die ihre Aufgaben gem. § 105 Abs. 1 S. 1 Nr. 10 MStV durch die „Kommission für Zulassung und Aufsicht“ (ZAK) erfüllt, die Befugnisse nach § 109 MStV zur Verfügung.

Fraglich ist, inwieweit der Behörde bei der Entscheidung über ihr Einschreiten ein Ermessensspielraum zukommt. Nach § 109 Abs. 1 MStV „trifft sie die erforderlichen Maßnahmen“ zu denen „insbesondere Beanstandung, Untersagung, Sperrung, Rücknahme und Widerruf“ gehören. Ein Entschließungsermessen hinsichtlich des „Ob“ der Maßnahme kommt der Behörde also wohl nicht zu. Darauf deutet der Indikativ „trifft“ hin, der grundsätzlich keine Möglichkeit des Abstandnehmens vom Tätigwerden vorsieht.⁵²⁶ Es ist auch kein Grund ersichtlich, warum die Landesmedienanstalten bei einem festgestellten Verstoß nicht ihren Auftrag zur Wahrung des verfassungsrechtlichen Gebots der Meinungsvielfalt wahrnehmen sollten. Kommt die Behörde also bei ihrer eigenen Subsumtion des Sachverhalts unter den unbestimmten Rechtsbegriff⁵²⁷ der Diskriminierung i.S.v. § 94 Abs. 2 MStV zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen die Vorschrift vorliegt, ist sie mithin zum Tätigwerden verpflichtet. Ein Ermessensspielraum dürfte ihr jedoch hinsichtlich des „Wie“, also bei der Auswahl der jeweils „erforderlichen Maßnahme“, zustehen (Auswahlermessen). § 109 MStV spezifiziert die möglichen Arten von Maßnahmen nicht abschließend („insbesondere...“) und macht im Angesicht der zahlreichen möglichen Verstöße keine verbindlichen Vorgaben für die Auswahl der jeweils angemessenen Maßnahme.

⁵²⁴ Lüdemann in *Eifert/Gostomzyk*, Netzwerkrecht, 2018, S. 165; *Wagner*, GRUR 2020, 447, 452.

⁵²⁵ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

⁵²⁶ Vgl. BeckOK VwVfG/Aschke, § 40, Rn. 6 ff.

⁵²⁷ Vgl. BeckOK VwVfG/Aschke, § 40, Rn. 22 ff.

bb) Gerichtliche Geltendmachung

Kommt die Aufsichtsbehörde nach ihrer eigenen Prüfung zu dem Ergebnis, dass kein Verstoß gegen § 94 MStV vorliegt, oder wählt sie eine Maßnahme, die dem Interesse des Nutzers nicht genügt, so stellt sich die Frage, inwieweit der Nutzer die Behörde zum Einschreiten in seinem Sinn verpflichten kann. Grundsätzlich steht ihm hierfür nur die Verpflichtungsklage nach § 42 Abs. 1 Alt. 2 VwGO zur Verfügung. Ein behördliches Vorverfahren gem. § 68 Abs. 1 VwGO findet bei Entscheidungen der ZAK nicht statt, § 110 MStV. Zuständig für die gerichtliche Entscheidung ist gem. §§ 45, 52 Nr. 5 VwGO das Verwaltungsgericht, in dessen Bezirk die jeweils zuständige Landesmedienanstalt ihren Sitz hat. Weitere Voraussetzung der Zulässigkeit ist jedoch die Geltendmachung einer Verletzung in eigenen Rechten, § 42 Abs. 2 VwGO. Der Nutzer wäre also nur klagebefugt, wenn er durch einen Verstoß des Anbieters gegen das Diskriminierungsverbot gem. § 94 MStV in eigenen subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt ist. Nach der „Schutznormlehre“ vermittelt eine öffentlich-rechtliche Norm nur dann Drittschutz, wenn sie in qualifizierter und zugleich individualisierter Weise den schutzwürdigen Interessen eines erkennbar von der Allgemeinheit abgegrenzten Kreises Dritter zu dienen bestimmt ist.⁵²⁸

Es sprechen überzeugende Gründe dafür, in § 94 MStV eine drittschützende Norm zu sehen, die dem benachteiligten Nutzer eine subjektiv-öffentliche Rechtsposition vermittelt⁵²⁹: Die Norm bezweckt objektiv-rechtlich auch einen „horizontalen“ Interessenausgleich zwischen Privaten, nämlich zwischen dem unternehmerischen Interesse des Intermediärs, die Inhalte auf seiner Plattform zu kuratieren und seinen Nutzern ein nach bestimmten Kriterien sortiertes, individuelles Informationsangebot zu liefern, und dem Interesse des Nutzers bzw. Anbieters eines Inhalts, bei der Veröffentlichung seiner Inhalte über die Plattform die selben Chancen auf Wahrnehmbarkeit zu genießen wie andere Inhalteanbieter. Der Schutzzweck der Norm erschöpft sich also nicht in der Gewährleistung des objektiven Prinzips der medialen Meinungsvielfalt, sondern umfasst auch die subjektive Komponente des Gleichheitsgebots und der individuellen Meinungsfreiheit des jeweiligen Nutzers. Auf diese subjektive Dimension deutet bereits der Begriff der „Diskriminierung“ hin. Auch in persönlicher Hinsicht schützt die Norm einen klar von der Allgemeinheit abgegrenzten, individualisierten Personenkreis, nämlich nur die Anbieter von journalistisch-redaktionellen Inhalten, auf deren Wahrnehmbarkeit die Intermediäre besonders hohen Einfluss haben. Mithin könnte ein Nutzer also bei einer Diskriminierung i.S.v. § 94 MStV auch eine Verletzung in eigenen Rechten gem. § 42 Abs. 2 VwGO gerichtlich geltend machen, wenn die Aufsichtsbehörde gegen einen solchen Rechtsverstoß nicht einschreiten will.

Begehrt der Nutzer mit der Klage eine bestimmte Maßnahme der Behörde, zum Beispiel die Verpflichtung des Intermediärs zur Wiederherstellung eines gesperrten Nutzerkontos, so müsste

⁵²⁸ BVerwG NJW 1984, 138; BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, § 42, Rn. 152a.

⁵²⁹ Vgl. zum dreistufigen Prüfungsaufbau der Schutznormlehre BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, § 42, Rn. 154.

die Sache auch insoweit „spruchreif“ i.S.v. § 113 Abs. 5 S. 1 VwGO sein. An der Spruchreife fehlt es jedoch, soweit der Behörde ein Ermessensspielraum zusteht.⁵³⁰ Geht man mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass § 109 Abs. 1 MStV der Behörde zwar kein Entschließungs-, jedoch ein Auswahlermessen zugesteht, so hätte der Nutzer grundsätzlich nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung der Behörde. Ein behördliches Einschreiten in Gestalt einer bestimmten Maßnahme könnte nur dann erfolgreich eingeklagt werden, wenn insoweit eine Ermessensreduzierung auf Null vorliegt. Das wäre der Fall, wenn bei pflichtgemäßer Ermessensausübung im konkreten Fall nur eine einzige Entscheidungsalternative zulässig ist.⁵³¹ Die Voraussetzungen für eine solche Ermessensreduktion sind jedoch hoch; erforderlich sind grundsätzlich außergewöhnliche Umstände, die Gefährdung eines hohen Rechtsguts oder eine besondere Intensität der Störung.⁵³² Da eine Diskriminierung i.S.v. § 94 MStV oft nur anhand einer komplexen Interessenabwägung im Einzelfall beurteilt werden kann, dürfte eine solche eindeutige Einschränkung des behördlichen Ermessensspielraums nur in seltenen Ausnahmefällen vorliegen. Der Nutzer wird daher regelmäßig nur einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung durchsetzen und die Aufsichtsbehörde nicht zu einer bestimmten Maßnahme verpflichten können.

Auch wenn ein Anspruch auf ein bestimmtes behördliches Einschreiten bestünde, wäre der Nutzer außerdem regelmäßig auf vorläufigen Rechtsschutz im Wege der einstweiligen Anordnung gem. § 123 VwGO angewiesen, um eine zeitnahe Wiederherstellung seines Inhalts erreichen zu können. Das würde zusätzlich voraussetzen, dass eine solche Anordnung nötig ist, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern, § 123 Abs. 1 S. 2 VwGO. Der Nutzer kann sich dabei nicht wie im Zivilrecht darauf berufen, dass ihm die Vertragserfüllung während der Dauer des Prozesses endgültig verwehrt bleibt⁵³³, da allein hierin noch keine Beeinträchtigung subjektiv-öffentlicher Rechte besteht. Denkbar wäre jedoch beispielsweise das Interesse einer politischen Partei, ihre Chancen auf Teilnahme an einem aktuellen Wahlkampf wahrzunehmen, oder die Gefahr gravierender Vermögenseinbußen, wenn zum Beispiel einem professionellen Journalisten eine unentbehrliche und seine wirtschaftliche Existenz begründende Publikationsmöglichkeit genommen würde. Letztlich wären an den Verfügungsgrund jedoch hohe Anforderungen zu stellen, da hier regelmäßig eine Vorwegnahme der Hauptsache durch die einstweilige Anordnung droht.⁵³⁴

cc) Ergebnis

Im Ergebnis birgt die Geltendmachung seiner Interessen auf dem Verwaltungsrechtsweg für den Nutzer sogar noch mehr Risiken, als der Zivilrechtsweg. in der Regel muss zunächst eine

⁵³⁰ BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, § 42, Rn. 61.

⁵³¹ BVerwGE 122, 103; BeckOK VwVfG/Aschke, § 40, Rn. 72.

⁵³² BVerwG NVwZ 2010, 652, Rn. 20; BeckOK VwVfG/Aschke, § 40, Rn. 73.

⁵³³ Vgl. LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 111.

⁵³⁴ Vgl. Schoch/Schneider, VwGO, § 123, Rn. 156 ff.

Entscheidung der Aufsichtsbehörde beantragt werden, wodurch ein zusätzlicher Zeitverlust entsteht. Ergreift die Behörde nicht die gewünschten Maßnahmen, wird gerichtlich in vielen Fällen nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung durchsetzbar sein. Selbst bei einer Ermessensreduzierung auf Null wäre schneller, effektiver Rechtsschutz nur in besonderen Konstellationen möglich, in denen dem Nutzer durch den Zeitverlust schwere Nachteile drohen. In den meisten Fällen wird daher ein zeitintensives gerichtliches Verfahren mit ungewissen Erfolgsaussichten nicht im Verhältnis zu dem dadurch gewonnenen Nutzen stehen.

c) Gegenvorstellungs- und Schlichtungsverfahren, §§ 3b, 3c NetzDG

Normadressaten des NetzDG sind vorrangig die Anbieter sozialer Medien, denen Pflichten zur effektiven Löschung von strafbaren Inhalten auf ihren Plattformen auferlegt werden. Das Gesetz sieht hingegen (auch nach seiner Novellierung⁵³⁵) keine eigenen Ansprüche der Nutzer vor, deren Inhalte nach den Vorschriften des Gesetzes gelöscht werden. Mit der Novellierung des NetzDG wurden jedoch in §§ 3b, 3c NetzDG ein Gegenvorstellungs- und ein Schlichtungsverfahren eingeführt, das es betroffenen Nutzern ermöglicht, außergerichtlich die Löschentscheidung eines Anbieters anzufechten und Streitigkeiten vor einer privatrechtlich organisierten Schlichtungsstelle zu klären. Der Gesetzgeber wollte auf diese Weise ein „einfaches und niederschwelliges Angebot an die Beteiligten“ als Alternative zum Gerichtsverfahren schaffen.⁵³⁶

Fraglich ist jedoch, ob durch diese zusätzlichen Angebote der außergerichtlichen Streitbeilegung tatsächlich eine effektive Rechtsschutzmöglichkeit für betroffene Nutzer geschaffen wurde, welche die oben dargestellten Risiken eines gerichtlichen Vorgehens gegen Löschungen abmildert. Dafür scheint zunächst zu sprechen, dass durch die Gegenvorstellung und Schlichtung theoretisch deutlich schneller und kostensparender die Wiederherstellung eines zu Unrecht gelöschten Inhalts erreicht werden kann. Allerdings bietet das Verfahren nach §§ 3b, 3c NetzDG dem Nutzer keine wirklich rechtssichere Möglichkeit, um gegen unberechtigte Löschungen vorzugehen. Ein Wiederherstellungsanspruch ist gerade nicht vorgesehen und die Entscheidung im Gegenvorstellungsverfahren steht im Ermessen des Anbieters, § 3b Abs. 2 Nr. 1 NetzDG. In den zahlenmäßig häufigsten Fällen von Löschungen aufgrund der Nutzungsbedingungen ist nach § 3b Abs. 3 S. 3 NetzDG nicht einmal die Überprüfung durch eine bislang nicht mit dem Fall befasste Person vorgeschrieben, weshalb die Erfolgsaussichten von vornherein eher gering ausfallen dürften. Selbst die Schlichtungsstellen gem. § 3c NetzDG können keine Entscheidungen mit rechtlicher Bindungswirkung gegen den Anbieter treffen.⁵³⁷ Für den Anbieter besteht schon gar keine Pflicht zur Teilnahme an einem Schlichtungsverfahren oder zur Kooperation mit einer bestimmten Schlichtungsstelle, wie aus § 3c Abs. 3 S. 1 NetzDG zu erkennen ist („wenn [...] der

⁵³⁵ *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, MMR 2020, 518, 520; *Niggemann*, CR 2020, 326, 328 ff.

⁵³⁶ BT-Drs. 19/18792, S. 48.

⁵³⁷ BT-Drs. 19/18792, S. 48.

Anbieter des sozialen Netzwerks allgemein oder im Einzelfall an der Schlichtung teilnimmt“); das Verfahren steht somit zur Disposition des Anbieters.

Mithin lässt sich feststellen, dass die außergerichtlichen Verfahren, die das NetzDG in §§ 3b, 3c vorsieht, keine für den Nutzer verlässlichen Rechtsschutzinstrumente darstellen, mit denen er einer unberechtigten Löschung wirksam begegnen kann.⁵³⁸ Im Streitfall bleibt er somit in der Regel auf das gerichtliche Verfahren zur Durchsetzung seiner Interessen angewiesen.

e) Ergebnis

Der Vergleich der verschiedenen Rechtsschutzmöglichkeiten des Nutzers gegen unberechtigte Löschungen seitens eines Plattformanbieters zeigt, dass der Anbieter gegenüber dem Nutzer einen erheblichen strukturellen Vorteil hat, da die Erstentscheidung über die Löschung in jedem Fall bei ihm liegt⁵³⁹. Um seine Interessen geltend zu machen, ist der Nutzer entweder auf ein zivilrechtliches Klageverfahren, gegebenenfalls im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes, oder auf das Einschreiten der zuständigen Landesmedienanstalt als Aufsichtsbehörde angewiesen. Das behördliche Einschreiten lässt sich dabei nur in Ausnahmefällen gerichtlich erzwingen, da der Aufsichtsbehörde ein Auswahlermessen zusteht. Auch soweit sich die Anwendungsbereiche überschneiden, wird das zivilrechtliche Verfahren daher meistens die schnellere und erfolgversprechendere Rechtsschutzmöglichkeit darstellen. In den meisten Fällen muss der Nutzer jedenfalls einen erheblichen Zeit-, Organisations- und Kostenaufwand auf sich nehmen, um seine Interessen durchzusetzen, was oft nicht im Verhältnis zu dem daraus gewonnenen ideellen Vorteil stehen wird. Die Angebote außergerichtlicher Streitbeilegung in §§ 3b, 3c NetzDG stellen keine effektive Alternative zum Gerichtsverfahren dar.

In vielen Fällen dürften daher auch unberechtigte Eingriffe des Anbieters in die individuelle Meinungsfreiheit der Nutzer allein aus praktischen Gründen ohne Konsequenzen bleiben. Diese strukturelle Übermacht des Anbieters birgt die ernstzunehmende Gefahr einer „Selbstzensur“ bzw. eines „chilling effects“⁵⁴⁰ auf Seiten der Nutzer, wenn diese lieber auf die Äußerung bestimmter Meinungen verzichten oder sich auf alternative Plattformen zurückziehen als den Aufwand eines staatlichen Rechtsschutzverfahrens mit ungewissem Ausgang auf sich zu nehmen.⁵⁴¹

3. Verhältnis von Aufsichtsbehörden und Gerichten

Da bei der Auslegung und Kontrolle der dargestellten Regelwerke mehrere verschiedene Aufsichtsbehörden sowie Gerichte aus unterschiedlichen Rechtsgebieten beteiligt sind, stellt sich

⁵³⁸ Zweifelnd auch *Niggemann*, CR 2020, 326, 330.

⁵³⁹ *Eifert*, NJW 2017, 1450, 1451.

⁵⁴⁰ *Elsaß/Labusga/Tichy*, CR 2017, 234, 235; *Raue*, NJW 2022, 209, 214.

⁵⁴¹ Zur Gefahr des Abwanderns in sichere „Echokammern“ Teil III. A. III. 2.

die Frage, inwieweit diese Hoheitsträger die selben Sachverhalte und Rechtsfragen zu beurteilen haben und was folgt, wenn diese Fragen von verschiedenen Stellen unterschiedlich beantwortet werden.

a) Überschneidung des Prüfungsprogramms

Das Prüfungsprogramm der Zivilgerichte und der Landesmedienanstalten als Aufsichtsbehörden nach § 104 MStV überschneidet sich insbesondere bei der Frage, ob die Nutzungsbedingungen eines Intermediärs eine unangemessene Benachteiligung bzw. unbillige Behinderung darstellen, da hier die selbe umfassende Interessenabwägung durchzuführen ist.⁵⁴² Dasselbe gilt bei der Diskriminierung eines bestimmten Inhalts durch die Algorithmen der Plattform, da insoweit auch zivilrechtlich eine Nebenpflichtverletzung vorliegen kann, die anhand der selben Interessenabwägung zu bestimmen wäre. Auch die Strafbarkeit einer Meinungsäußerung stellt ein wichtiges Beurteilungskriterium in allen dargestellten Regelwerken dar. Liegt eine strafbare Tat i.S.v. § 1 Abs. 3 NetzDG vor, greifen die Löschpflichten des NetzDG ein und ein zivilrechtlicher Wiederherstellungsanspruch scheidet ebenso aus wie eine ungerechtfertigte Diskriminierung gem. § 94 MStV. Steht die Strafbarkeit eines gelöschten Inhalts im Raum, ist diese also sowohl von den Zivilgerichten als auch von den Landesmedienanstalten bzw. Verwaltungsgerichten bei ihrer Entscheidung zu überprüfen. Sieht der Anbieter hingegen wiederholt von der Löschung strafbarer Äußerungen ab, ist das BfJ als Aufsichtsbehörde nach § 4a NetzDG zum Einschreiten befugt. Außerdem kommt in diesem Fall gegebenenfalls eine „positive Diskriminierung“ gem. § 94 Abs. 2 Alt. 1 MStV wegen der Bevorzugung bestimmter strafbarer Inhalte in Betracht.

b) Folgen bei unterschiedlicher Beurteilung?

aa) Beispielfall

Welche Folgen die unterschiedliche Beurteilung des selben Sachverhalts durch verschiedene Behörden und Gerichte hat, soll anhand eines hypothetischen Beispielfalls anschaulich gemacht werden: Ein bekannter Laien-Journalist, der auf einer großen Videoplattform regelmäßig die aktuellen politischen Ereignisse kommentiert, veröffentlicht einen Bericht über die Migrationspolitik der Bundesregierung, in der er diese heftig kritisiert. Aufgrund des kontroversen Inhalts und seiner polemischen Ausdrucksweise wird der Bericht wegen Volksverhetzung gemeldet. Der Plattformanbieter löscht das Video weltweit wegen Verstoßes gegen seine Nutzungsbedingungen, da der Bericht sowohl strafbare Volksverhetzung als auch Hassrede enthalte, die auf der Plattform verboten ist. Der betroffene Nutzer beantragt daraufhin beim zuständigen Landgericht die

⁵⁴² Teil III. A. III. 3. c) bb).

Wiederherstellung des Berichts durch einstweilige Anordnung und beantragt gleichzeitig bei der zuständigen Landesmedienanstalt das behördliche Einschreiten wegen Diskriminierung gem. § 94 MStV. Da der Fall in der Presse Wellen schlägt, wird auch das BfJ darauf aufmerksam und überprüft die Löschpraxis des Plattformanbieters in diesem und vergleichbaren Fällen. Auch die zuständige Staatsanwaltschaft leitet ein Verfahren wegen Verstoßes gegen § 130 StGB ein.

Dieser beispielhafte Fall wirft zahlreiche rechtliche Fragen auf: Stellt der Bericht eine strafbare Volksverhetzung gem. § 130 StGB dar und musste somit nach § 3 NetzDG gelöscht werden? Stellen die Nutzungsbedingungen des Anbieters eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 BGB bzw. unbillige Behinderung nach § 94 MStV dar? Hat der Anbieter im Einzelfall die Grenzen seiner vertraglich vorbehaltenen Löschbefugnisse eingehalten oder diese übertreten? Bei allen diesen Fragen muss die inkriminierte Äußerung in ihrem Gesamtzusammenhang aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständlichen Durchschnittsrezipienten ausgelegt werden und eine komplexe Interessenabwägung zwischen der Meinungsfreiheit des Nutzers, den unternehmerischen Interessen des Anbieters und der öffentlichen Sicherheit und Ordnung durchgeführt werden, sodass unterschiedliche Behörden und Gerichte leicht zu abweichenden Ergebnissen kommen könnten.

bb) Gegenseitige Bindungswirkung gerichtlicher/behördlicher Entscheidungen?

Da die zeitlich frühesten Entscheidungen in diesem Beispielfall die des Landgerichts und der Landesmedienanstalt sein würden, stellt sich zunächst die Frage, inwieweit diese Entscheidungen gegebenenfalls Bindungswirkung für einander entfalten können.

Soweit das Landgericht über eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 1 BGB oder eine Nebenpflichtverletzung gem. § 241 Abs. 2 BGB, jeweils unter Berücksichtigung von Art. 5 Abs. 1 GG, entscheidet, ließe sich andenken, ob dadurch auch die Landesmedienanstalten in ihrer Entscheidung über eine unbillige Behinderung gem. § 94 MStV gebunden wären, da nach der Gesetzesbegründung des MStV hier ausdrücklich die „gesetzlichen Wertungen anderer Rechtsgebiete“ zu berücksichtigen sind⁵⁴³. Eine solche Bindungswirkung lässt sich jedoch dogmatisch nicht begründen. Gegenstand der materiellen Rechtskraft einer zivilgerichtlichen Entscheidung ist gem. § 322 Abs. 1 ZPO nur die abschließende Entscheidung des Gerichts über den Streitgegenstand, also nur der Subsumtionsschluss als Ganzes und nicht seine Glieder.⁵⁴⁴ In Rechtskraft erwachsen also nicht die rechtlichen Vorfragen, wie etwa die Beurteilung einzelner Tatbestandselemente, wozu auch die unangemessene Benachteiligung i.S.v. § 307 Abs. 1 BGB⁵⁴⁵ und die Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB gehört. Im Übrigen entscheidet die Landesmedienanstalt hier grundsätzlich über ein anderes Gesetz, dessen

⁵⁴³ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 52.

⁵⁴⁴ MüKoZPO/Gottwald, § 325, Rn. 86 ff.

⁵⁴⁵ Vgl. den Ausnahmetatbestand in § 11 UKlagG.

Tatbestand sie unabhängig zu prüfen hat. Das würde selbst dann gelten, wenn das Zivilgericht als Vorfrage auch über die Verletzung von § 94 MStV zu entscheiden hätte, da die Verwaltungsbehörde an die rechtskräftige Entscheidung eines Zivilgerichts nur hinsichtlich dessen Gestaltungs- und Tatbestandswirkung, nicht jedoch hinsichtlich der Beurteilung von Vorfragen gebunden ist.⁵⁴⁶ Umgekehrt präjudiziert das Ergebnis einer behördlichen Prüfung von § 94 MStV jedenfalls nicht die eigene Interessenabwägung des Zivilgerichts im Rahmen von §§ 307, 241 BGB, sodass Behörde und Gericht hier durchaus zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen können.

Eine Bindungswirkung der behördlichen Entscheidung für das Gerichtsverfahren käme jedoch möglicherweise in Betracht, wenn die Landesmedienanstalt zeitlich früher als das Gericht wegen einer Verletzung von § 94 MStV einen Verwaltungsakt gegen den Intermediär erlässt. Soweit man § 94 MStV als drittschützende Norm qualifiziert⁵⁴⁷, käme auch ein zivilrechtlicher Wiederherstellungsanspruch über § 823 Abs. 2 BGB in Frage, da die systematische Diskriminierung eine schuldhaftige Verletzung eines Schutzgesetzes darstellen würde, welche gem. § 249 Abs. 1 BGB im Wege der Naturalrestitution durch Wiederherstellung des gelöschten Inhalts rückgängig zu machen wäre und quasi-negatorische Unterlassungsansprüche für die Zukunft begründet. Fraglich ist nun, ob ein vorheriger Verwaltungsakt auf der Grundlage von §§ 94, 108 MStV, der den Intermediär zur Wiederherstellung verpflichtet, gegebenenfalls Bindungswirkung für die zivilgerichtliche Entscheidung über die Verletzung von § 94 MStV im Rahmen von § 823 Abs. 2 BGB entfaltet. Der V. Zivilsenat des BGH hat in seiner „Ballettschule“-Entscheidung⁵⁴⁸ ausgeführt, dass die Zivilgerichte eine behördliche Verhaltensanordnung nicht in Frage stellen dürfen, wenn die Behörde durch Konkretisierung bestimmter drittschützender Normen ein Gebot ausspricht (dort vor allem Immissionsschutzrecht).⁵⁴⁹ Nach der Gegenansicht⁵⁵⁰ ist eine solche Bindungswirkung von Verwaltungsakten nur vertretbar, soweit der Verwaltungsakt eine vage gesetzliche Ermächtigungsnorm zu einer bestimmten Verhaltenspflicht konkretisiert, nicht jedoch, wenn das zugrundeliegende Schutzgesetz bereits ipso iure eine Verhaltenspflicht enthält. Letztgenannte Ansicht ist vorzugswürdig, da der Verwaltungsakt bei ipso iure geltenden Verbotsnormen keine selbständige Schutzwirkung begründet, sondern lediglich der Durchsetzung einer bereits unmittelbar geltenden gesetzlichen Verhaltenspflicht dient. Ob diese Verhaltenspflicht verletzt wurde, ist eine Frage der Subsumtion unter den gesetzlichen Tatbestand, welche auch bei öffentlich-rechtlichen Normen von den Zivilgerichten im Rahmen ihrer Vorfragenkompetenz unabhängig von den Verwaltungsbehörden beurteilt werden kann.⁵⁵¹ Da § 94 MStV nicht nur eine Ermächtigungsgrundlage darstellt, sondern bereits ein unmittelbar geltendes Handlungsverbot für

546 MüKoZPO/*Gottwald*, § 325, Rn. 78.

547 So die hier vertretene Ansicht, s. Teil III. A. 4. b) bb).

548 BGHZ 122, 1.

549 BGHZ 122, 1, Rn. 17.

550 MüKoBGB/*Wagner*, § 823, Rn. 560 f.

551 MüKoZPO/*Gottwald*, § 325, Rn. 78; Vgl. BGHZ 113, 17, Rn. 12, m.w.N.

Intermediäre enthält, wäre das Zivilgericht also nach der hier vertretenen Ansicht nicht an einen etwaigen früheren Verwaltungsakt der Landesmedienanstalt gem. § 108 Abs. 1 MStV gebunden und könnte unabhängig über die Verletzung von § 94 MStV als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB entscheiden.

Im Verhältnis von Straf- und Zivilgerichten besteht indes keine gegenseitige Bindungswirkung. Die Zivilgerichte entscheiden über die Strafbarkeit nur als Vorfrage, die nicht an der materiellen Rechtskraft teilnimmt, und auch eine strafgerichtliche Verurteilung begründet kein Präjudiz für die Beurteilung zivilrechtlicher Ansprüche aufgrund desselben Sachverhalts⁵⁵². Auch für die Entscheidung von Verwaltungsbehörden entfaltet ein strafrechtliches Urteil grundsätzlich nur insoweit Rechtskraft, als dass wegen derselben Tat keine abweichende strafrechtliche Sanktion angeordnet werden darf; an die rechtliche Würdigung des Sachverhalts durch das Strafgericht sind die Behörden bei ihren eigenen Sachentscheidungen jedoch nicht gebunden.⁵⁵³ Umgekehrt beurteilt das Strafgericht den Sachverhalt ebenfalls unabhängig von etwaigen früheren Behördenentscheidungen. Im Beispielfall könnten daher Landgericht und Landesmedienanstalt den Verstoß des gelöschten Beitrags gegen § 130 StGB unabhängig beurteilen, ohne dass hierdurch eine spätere Verurteilung durch ein Strafgericht präjudiziert wäre.

cc) Praktische Folgen

Aus den vorstehenden Ausführungen ergibt sich, dass im Beispielfall die Entscheidung des angerufenen Landgerichts und der Landesmedienanstalt durchaus unterschiedlich ausfallen können. Dasselbe gilt für eine etwaige Folgeentscheidung eines Verwaltungsgerichts. Denkbar wäre, dass sowohl eine einstweilige Verfügung zugunsten des Nutzers als auch ein aufsichtsrechtlicher Verwaltungsakt gegen den Intermediär ergeht. Möglich ist jedoch auch, dass nur eine von beiden Stellen oder keine von beiden zu seinen Gunsten entscheidet. Eine Gefahr widerstreitender Handlungspflichten für den Intermediär bestünde in dieser Konstellation nicht, da weder Gericht noch Landesmedienanstalt eine dauerhafte Entfernung des Beitrags anordnen sondern lediglich den Antrag des Nutzers ablehnen könnten. Es ist daher problemlos möglich, dass hier eine zivilrechtliche Wiederherstellungspflicht besteht, ohne dass gleichzeitig Sanktionen nach dem MStV ergehen, oder umgekehrt.

Problematisch wäre es jedoch, wenn der Intermediär gerichtlich oder behördlich zur Wiederherstellung des Inhalts verpflichtet wird und gleichzeitig das BfJ zum Ergebnis käme, dass ein rechtswidriger Inhalt gem. § 1 Abs. 3 NetzDG vorliegt, der gelöscht werden müsste. Fraglich ist dabei, ob das BfJ auch nach einer später angeordneten Wiederherstellung eines Inhalts noch befugt wäre, als Aufsichtsbehörde gem. § 4a Abs. 2 NetzDG einzuschreiten, zum Beispiel durch

⁵⁵² BGH NJW-RR 2005, 1024.

⁵⁵³ BVerwG NJW 2017, 2295.

Anordnung der Löschung. Dagegen lässt sich anführen, dass kein vorwerfbarer Verstoß gegen die Compliance-Pflichten des NetzDG mehr vorliegt, wenn der Anbieter einen Inhalt zunächst gelöscht hatte und die Wiederherstellung nur aufgrund gerichtlicher oder behördlicher Anordnung erfolgte. Durch die Löschung genügt der Anbieter seinen organisatorischen Pflichten gem. § 3 NetzDG und die Wiederherstellung erfolgte nicht mehr aufgrund seiner eigenen Willensentschließung. Auch eine Ordnungswidrigkeit kann mit diesem Argument abgelehnt werden, da der Anbieter insofern nicht schuldhaft handelt. Hierfür spricht auch die Gesetzesbegründung, wonach mit dem neu eingefügten § 4a Abs. 2 NetzDG nur die Abstellung von Verstößen gegen die Compliance- bzw. Organisationsvorgaben des NetzDG angeordnet werden kann, aber wohl keine Löschung einzelner Inhalte.⁵⁵⁴ In jedem Fall wäre das BfJ in einem solchen Fall gem. § 4a Abs. 2 S. 3 i.V.m. § 4 Abs. 5 NetzDG verpflichtet, zunächst die Entscheidung des zuständigen Amtsgerichts über die Rechtswidrigkeit des Inhalts einzuholen.

Dass ein Strafgericht den Nutzer später wegen Volksverhetzung verurteilen könnte, obwohl die vorherigen Entscheidungen zu seinen Gunsten ausgefallen sind, mag zwar auf dem ersten Blick befremdlich erscheinen; dies ist jedoch Folge der grundsätzlichen Unabhängigkeit der Gerichte in unterschiedlichen Rechtswegen und dem deutschen Rechtssystem somit immanent.

c) Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass sich das Prüfungsprogramm der involvierten Gerichte und Aufsichtsbehörden zwar in zentralen Fragen überschneidet und mangels gegenseitiger Bindungswirkung auch unterschiedliche Entscheidungen über die selben Rechtsfragen möglich sind. In der praktischen Konsequenz ergeben sich dadurch jedoch in der Regel keine Konflikte, sofern man dem BfJ keine Befugnis zu eigenen Lösungsverfügungen bei strafbaren Inhalten zugesteht. Das gegenseitige Verhältnis der deutschen Aufsichtsbehörden und Gerichte weist somit im derzeitigen Gesamtsystem der Regulierung keine ernstzunehmenden Friktionen auf.

⁵⁵⁴ BT-Drs. 19/18792, S. 53.

B. Friktionen zwischen Unionsrecht und nationalem Recht

Im Folgenden sollen die Friktionen zwischen dem nationalen, deutschen Recht und dem supranationalen Unionsrecht untersucht werden, die sich bei Inkrafttreten bzw. Gültigkeit des DSA ergeben würden. Im ersten Schritt wird überprüft, ob der Union überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für den Erlass der beabsichtigten Vorschriften zukommt. Daraufhin werden die Vorschriften des DSA ins Verhältnis zu den dargestellten Regelwerken des deutschen Rechts gesetzt, um festzustellen, inwieweit hier gegebenenfalls Konkurrenzen entstehen, die zur Unanwendbarkeit des deutschen Rechts führen würden.

I. Gesetzgebungskompetenz der Union

1. Zuständigkeit der Union

Eine ausschließliche Zuständigkeit der Union i.S.v. Art. 3 AEUV kommt für den Bereich der Intermediärsregulierung, wie sie im DSA vorgesehen ist, nicht in Betracht. Insbesondere enthält der DSA keine für das Funktionieren des Binnenmarktes erforderlichen Wettbewerbsregeln.⁵⁵⁵ Mithin kann die Union hier nur auf der Basis von geteilten Zuständigkeiten i.S.v. Art. 4 AEUV regulatorisch tätig werden. Die Kommission stützte ihren Verordnungsvorschlag dabei auf die Kompetenz zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt gem. Art. 114 AEUV, woran auch in der vom Europäischen Parlament angenommene Fassung nichts geändert wurde. Im Folgenden wird untersucht, inwieweit sich der DSA tatsächlich im Bereich dieser Zuständigkeit hält und ob gegebenenfalls andere geteilte Zuständigkeiten zur Begründung der Gesetzgebungskompetenz der Union herangezogen werden können.

a) Binnenmarktharmonisierung, Art. 114 AEUV

Gem. Art. 114 Abs. 1 AEUV kann die Union in geteilter Zuständigkeit Maßnahmen zur Angleichung von Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten erlassen, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben, soweit im Einzelfall keine speziellere Zuständigkeit einschlägig ist. Voraussetzung für die Gesetzgebungskompetenz der Union ist also zum Einen der Bezug der Maßnahme zum Binnenmarkt i.S.v. Art. 34 Abs. 2 AEUV und zum Anderen die Angleichung von mitgliedstaatlichem Recht.⁵⁵⁶

Die Kommission führt in ihrer Begründung zum DSA aus⁵⁵⁷, dass die Verordnung dazu dienen soll, harmonisierte Bedingungen für die Entwicklung von innovativen grenzüberschreitenden

⁵⁵⁵ Regeln zum Wettbewerb enthält das „Gesetz über digitale Märkte“ (DMA).

⁵⁵⁶ Vgl. zum Ganzen Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 21 ff.

⁵⁵⁷ COM (2020) 825 final, S. 5 f.

Diensten in der Union zu schaffen. Hindernisse für solche wirtschaftliche Aktivitäten sollen vermieden oder beseitigt werden, wobei in Betracht gezogen wird, dass mehrere Mitgliedstaaten bereits Regeln für solche Bereiche wie die Entfernung von rechtswidrigen Inhalten im Netz, Beschwerdeverfahren oder Transparenzpflichten erlassen haben oder ihren Erlass beabsichtigen. Gleichzeitig soll durch die Sicherstellung einer angemessenen Kontrolle von digitalen Diensten und die Zusammenarbeit von Behörden auf Unionsebene Vertrauen, Innovation und Wachstum im Binnenmarkt gefördert werden.

aa) Binnenmarktbezug

Der Binnenmarkt i.S.v. Art. 34 Abs. 2 AEUV umfasst den freien Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital innerhalb der Union und findet seine primäre rechtliche Gewährleistung durch die korrespondierenden Grundfreiheiten der Art. 34 ff. AEUV.

Das Angebot digitaler Vermittlungsdienste i.S.v. Art. 3 lit. g) DSA erfolgt durch selbständige Unternehmen, die ihre Dienste in der Regel von einem festen Sitz aus grenzüberschreitend über das Internet anbieten. In aller Regel werden diese Dienste auch entgeltlich angeboten, wobei auch die Überlassung von persönlichen Daten inzwischen als wirtschaftliches Entgelt anerkannt wird.⁵⁵⁸ Der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Tätigkeit des Anbieters liegt dabei nicht in der Lieferung von Waren, sondern in der Bereitstellung einer digital verfügbaren Infrastruktur, sodass seine Tätigkeit insgesamt von der Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56, 57 AEUV umfasst ist.⁵⁵⁹ Für die Angleichung von Rechtsvorschriften zur Verwirklichung der Dienstleistungsfreiheit sind hier auch keine spezielleren Normen (zum Beispiel Art. 62, 52 Abs. 2, 53 AEUV) einschlägig.

Eine Rechtsangleichung nach Art. 114 AEUV hat der „Errichtung“ und dem „Funktionieren“ des Binnenmarktes zu dienen. Voraussetzung ist also, dass durch mitgliedstaatliches Recht die Verwirklichung der Grundfreiheiten gem. Art. 34 ff. AEUV behindert wird oder⁵⁶⁰ Wettbewerbsverfälschungen entstehen und die Maßnahme der Union zur Beseitigung dieser Hindernisse und Verbesserung des Binnenmarktes dient.⁵⁶¹ Für eine bloß abstrakte Förderung der Verwirklichung von Grundfreiheiten genügt die Zuständigkeit nach Art. 114 AEUV nicht, da nur ein echtes Hindernis für die Grundfreiheiten das „Funktionieren“ des Binnenmarktes beeinträchtigt.⁵⁶²

⁵⁵⁸ ErwG 24 DI-RL, § 327 Abs. 3 BGB; vgl. zur Diskussion *Bräutigam*, MMR 2012, 635.

⁵⁵⁹ Vgl. zu Rundfunk und Fernsehen EuGH v. 30.04.1974 – C-155/73, Rn. 6; Calliess/Ruffert/Kluth, Art. 56, 57 AEUV, Rn. 11.

⁵⁶⁰ EuGH v. 12.12.2006 - C-380/03, Rn. 67.

⁵⁶¹ Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 40 ff.

⁵⁶² Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 42; Herr, EuZW 2005, 171, 172; Ludwigs, EuR 2006, 370, 383 f.; a.A. Grigoleit, AcP 210 (2010), 354, 367.

(1) Grundfreiheitshindernis

Ein Hindernis für die Grundfreiheiten ist anzunehmen, wenn durch das mitgliedstaatliche Recht Marktzugangsbeschränkungen im Sinne der einschlägigen EuGH-Rspr. begründet werden.⁵⁶³ Auszugehen ist dabei zunächst von der klassischen „Dassonville“-Formel des EuGH, wonach die Dienstleistungsfreiheit alle Beschränkungen verbietet, die geeignet sind, die Tätigkeit eines Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, zu unterbinden oder zu behindern.⁵⁶⁴ Die Einschränkung dieser Formel durch die „Keck“-Rspr.⁵⁶⁵ zur Warenverkehrsfreiheit, welche zwischen „produktbezogenen“ und „vertriebsbezogenen“ Regeln unterscheidet, ist auf die anderen Grundfreiheiten nur schwer übertragbar und sieht sich deshalb berechtigter Kritik ausgesetzt.⁵⁶⁶ In der jüngeren Rspr. wird daher verstärkt danach differenziert, ob durch eine Maßnahme der Zugang zum Markt eines Mitgliedstaates für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten behindert wird.⁵⁶⁷ Eine Beeinträchtigung liegt demnach erst vor, wenn der Binnenmarkt *segmentiert* wird, nicht aber, wenn nur das Verhalten auf diesem Markt *reguliert* wird.⁵⁶⁸

Die Argumentation der Kommission in der Begründung des DSA lässt sich dahingehend verstehen, dass ein (im Entstehen begriffener) Rechtspluralismus bei der Regulierung von digitalen Vermittlungsdiensten zur Folge hätte, dass die Diensteanbieter durch die unterschiedlichen nationalen Regelungen daran gehindert würden, ihre Dienste in allen Mitgliedstaaten gleichermaßen anzubieten. Nach der Rspr. des EuGH können auch Maßnahmen auf Art. 114 AEUV gestützt werden, die einer heterogenen Entwicklung der nationalen Rechtsvorschriften vorbeugen sollen, solange das Entstehen von Binnenmarkthindernissen wahrscheinlich ist und die betreffende Maßnahme ihre Vermeidung bezweckt.⁵⁶⁹ Die Rechtsangleichung setzt daher auch nicht voraus, dass die Beeinträchtigung von Grundfreiheiten bereits spürbar ist.⁵⁷⁰

Nichtsdestoweniger lässt sich durchaus in Frage stellen, ob tatsächlich eine Segmentierung des Binnenmarktes durch national unterschiedliche Vorschriften über Beschwerdeverfahren, Transparenzpflichten, außergerichtliche Streitbeilegung, usw. als wahrscheinlich anzusehen ist. Das würde voraussetzen, dass sich ein Rechtspluralismus in diesen Fragen so stark auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Anbieter auswirkt, dass dadurch schon ihr *Zugang* zu einzelnen nationalen Märkten behindert wäre. Dabei ist jedoch zunächst zu beachten, dass solche

563 Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 41.

564 EuGH v. 25.07.1991 – C-76/90, Rn. 12.

565 EuGH v. 24.11.1993 – C-267/91.

566 Calliess/Ruffert/Kingreen, Art. 34 - 36 AEUV, Rn. 50, 52.

567 EuGH v. 10.02.2009 – C-110/05, Rn. 35 ff.; zur Dienstleistungsfreiheit bereits EuGH v. 10.05.1995 - C-384/93, Rn. 38.

568 Calliess/Ruffert/Kingreen, Art. 34 - 36 AEUV, Rn. 51, 67.

569 EuGH v. 02.05.2006 – C-217/04, Rn. 63; EuGH v. 08.06.2010 – C-58/08, Rn. 33.

570 Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 41.

Vorschriften, wie sie der DSA vorsieht und wie sie beispielsweise in Deutschland durch das NetzDG und den MStV eingeführt wurden, regelmäßig keine Anknüpfung an das Herkunftsland des Anbieters enthalten und unterschiedslos für inländische und ausländische Anbieter gelten. Derartige Vorschriften regulieren auch nicht unmittelbar die digitalen Angebote als solche, sind also nicht „produktbezogen“, sondern dienen vorrangig der Durchsetzung allgemeiner nationaler Gesetze und Rechtsprinzipien im digitalen Raum; sie wirken sich daher meist nur mittelbar auf die wirtschaftliche Tätigkeit der Anbieter aus, indem sie diesen zusätzliche prozedurale Pflichten, wie zum Beispiel die Einrichtung eines effektiven Beschwerdeverfahrens, auferlegen, deren Erfüllung eine gewisse Kostenbelastung mit sich bringt. All das rückt diese Pflichten in die Nähe der „Verkaufsmodalitäten“ der „Keck“-Rspr., welche nur eine Beeinträchtigung darstellen sollen, wenn sie den Absatz ausländischer Erzeugnisse im Vergleich zu inländischen erschweren⁵⁷¹.

Wenn man stattdessen an die Frage des Marktzugangs anknüpfen will, so könnte von einer Behinderung des Marktzugangs erst dann die Rede sein, wenn die prozeduralen Pflichten für die Anbieter eine so hohe Kostenbelastung begründen, dass das Angebot ihrer Dienste in einzelnen Mitgliedstaaten unwirtschaftlich wird.⁵⁷² In diese Richtung scheint die Argumentation der Kommission zu gehen, wenn sie davon spricht, dass die Fragmentierung der nationalen Vorschriften neue, innovative Dienste am Wachstum innerhalb des Binnenmarkts hindern könnte.⁵⁷³ Das Beispiel des NetzDG hat gezeigt, dass zumindest große Plattformen wie Facebook trotz der kostenintensiven Verfahrensvorgaben und Berichtspflichten nicht daran gehindert wurden, ihre Dienste unverändert auch auf dem deutschen Markt anzubieten. Ob sich ein Rechtspluralismus tatsächlich negativ auf das Wachstumspotential kleinerer Anbieter auswirken würde, lässt sich allerdings schwer prognostizieren. Dagegen spricht, dass den zusätzlichen Kosten für die Befolgung nationaler Vorschriften stets das Potential einer erheblichen Umsatzsteigerung durch die Erschließung eines neuen Marktes gegenübersteht. Der Marktzugang wäre wohl erst dann beschränkt, wenn die initialen Kosten der Compliance in einem anderen Mitgliedstaat so hoch wären, dass sie eine Expansion von vornherein unwirtschaftlich machen würden.

Um die Wahrscheinlichkeit von Grundfreiheitshindernissen durch Beschränkungen des Marktzugangs zu begründen, müsste also entweder demonstriert werden, dass tatsächlich mit der Entstehung nationaler Rechtsvorschriften zu rechnen ist, die das Angebot von Vermittlungsdiensten in den betreffenden Staaten potentiell unwirtschaftlich machen. Das könnte zum Beispiel der Fall sein, wenn einzelne Mitgliedstaaten umfangreiche und kostenintensive

571 EuGH v. 24.11.1993 - C-267/91, Rn. 16 f.

572 Nicht ausreichend ist hingegen die bloße Tatsache, dass in einem Staat „zusätzliche Kosten“ im Vergleich mit anderen Staaten anfallen, wenn diese Kosten für Inländer und Ausländer gleichermaßen entstehen, *Calliess/Ruffert/Kingreen*, Art. 34 - 36 AEUV, Rn. 184; auch der EuGH hat das Argument zusätzlicher Kosten mehrmals als „zu ungewiss und zu indirekt“ abgelehnt, EuGH v. 18.06.1998 - C-266/96, Rn. 30 f.; EuGH v. 05.10.1995 - C-96/94, Rn. 40 f.

573 COM (2020) 825 final, S. 11.

Transparenz- und Berichtspflichten erlassen wollen, ohne die Anwendbarkeit dieser Vorschriften bei kleinen und Kleinstunternehmen einzuschränken (vgl. Art. 15 Abs. 2 DSA). Das erscheint jedoch wiederum eher unwahrscheinlich, weil solche Gesetze ja im selben Maß die wirtschaftliche Tätigkeit von kleinen Unternehmen, die in den jeweiligen Mitgliedstaaten ansässig sind, behindern würden.

Ein anderer möglicher Begründungsansatz wäre, dass die Erfüllung von solchen prozeduralen Pflichten ausländische Anbieter faktisch stärker beeinträchtigt als inländische und deshalb deren Marktzugang erschwert. Daran wäre zum Beispiel zu denken, wenn ausländische Unternehmen wegen ihrer schlechteren Kenntnisse von den fremden nationalen Rechtsordnungen deutlich mehr neues Personal einstellen müssten als inländische Unternehmen, um die prozeduralen Pflichten im Ausland erfüllen zu können. Dieses Argument ließe sich zum Beispiel auf die Löschpflichten des NetzDG anwenden, da deren Befolgung eine Kenntnis des spezifisch deutschen Strafrechts voraussetzt. Gerade derartige Löschpflichten werden jedoch durch den DSA nicht geregelt bzw. vereinheitlicht.⁵⁷⁴ Im Hinblick auf Transparenzvorschriften, zum Beispiel zur Funktionsweise von Algorithmen, oder die Einrichtung von Beschwerdeverfahren passt diese Argumentation allerdings eher weniger, da zur Erfüllung solcher Pflichten nicht zwingend besondere Kenntnisse des sonstigen nationalen Rechts erforderlich sind. Letztlich zielt auch dieses Argument wiederum auf Erwägungen der Wirtschaftlichkeit und bleibt deshalb blass, solange die wirtschaftliche Belastung von inländischen und ausländischen Anbietern sich nicht signifikant unterscheidet.

Denkbar wäre auch, an die Verknüpfung von Beschwerdeverfahren und Haftungsprivilegierung anzuknüpfen. Sollten mehrere Staaten Gesetze wie das NetzDG erlassen, könnte Verwirrung darüber entstehen, inwieweit die jeweiligen nationalen Verfahren zu einem Verlust der Haftungsprivilegierung i.S.v. Art. 14 Abs. 1 ECRL führen, vor allem wenn unterschiedliche Fristen für die Bearbeitung von Beschwerden vorgeschrieben sind. Das könnte möglicherweise Anbieter davon abschrecken, ihre Dienste in einzelnen Staaten anzubieten, da ihr Haftungsrisiko dort zu hoch erscheint, was den Zweck der ECRL konterkarieren würde. Dieses Argument ginge jedoch über eine Rechtfertigung von Art. 16 DSA nicht hinaus.

Im Ergebnis ist jedenfalls festzuhalten, dass die knappe und sehr pauschale Begründung der Kommission der Komplexität des vorliegenden Problems nicht gerecht wird. Die Möglichkeit divergierender nationaler Vorschriften im Bereich der Intermediärsregulierung lässt sich nicht ohne Weiteres als potentielle Behinderung der Grundfreiheiten auffassen, ohne dass konkreter dargelegt wird, warum solche divergierenden Vorschriften wahrscheinlich zu einer Segmentierung des Binnenmarktes führen würden. Nach hier vertretener Ansicht ließen sich potentielle Grundfreiheitshindernisse wohl hauptsächlich dadurch begründen, dass nationale Vorschriften ausländische Anbieter in spürbarer Weise wirtschaftlich stärker beeinträchtigen als inländische. Ob

⁵⁷⁴ Teil II. B. I. 2. b) bb).

eine solche wirtschaftliche Beeinträchtigung jedoch bereits als wahrscheinlich anzusehen ist, lässt sich der knappen Begründung der Kommission nicht entnehmen.

(2) Wettbewerbsverfälschungen

Das Funktionieren des Binnenmarktes wäre auch beeinträchtigt, wenn durch nationale Vorschriften der Wettbewerb im Binnenmarkt verfälscht würde. Im Gegensatz zu den Grundfreiheitshindernissen genügen jedoch keine allgemeinen wettbewerbsbeschränkenden Regeln mit nur geringfügigen, mittelbaren oder hypothetischen Auswirkungen, sondern es muss vielmehr bereits zu einer qualitativ spürbaren Verzerrung der Wettbewerbsverhältnisse kommen, um die Zuständigkeit nach Art. 114 Abs. 1 AEUV auszulösen.⁵⁷⁵ Es genügt deshalb auch nicht, dass Rechtsvorschriften sich nur auf den Umfang der Gewinnerzielung auswirken.⁵⁷⁶

Derartige Wettbewerbsverzerrungen werden von der Kommission in ihrer Begründung zum DSA nicht vorgebracht. Aus dem oben zu den Grundfreiheitshindernissen Gesagten ergibt sich auch, dass solche spürbaren Wettbewerbsverfälschungen derzeit nicht nachweisbar wären. Es erfordert bereits einiges an Begründungsaufwand, um überhaupt die Wahrscheinlichkeit einer relevanten Benachteiligung von ausländischen Anbietern durch (potentielle) nationale Rechtsvorschriften darzustellen. Von einer spürbaren Wettbewerbsverzerrung, die über die Verringerung von Gewinnspannen hinausginge, kann derzeit nicht die Rede sein.

(3) Positiver Binnenmarkteffekt

Um eine Maßnahme auf Art. 114 Abs. 1 AEUV zu stützen, ist ferner erforderlich, dass die Maßnahme auch tatsächlich die ausgemachten Grundfreiheitshindernisse oder Wettbewerbsverfälschungen beseitigt und zu einer messbaren Verbesserung des Binnenmarktes führt.⁵⁷⁷ Dem Gesetzgeber steht dabei naturgemäß ein Beurteilungsspielraum zu. Zu prüfen ist also, ob der Gesetzgeber in seiner Begründung überhaupt eine Verbesserung des Binnenmarktes anstrebt und ob die Maßnahme in ihrer objektiven Wirkung tatsächlich den intendierten positiven Effekt für den Binnenmarkt in messbarer Weise entfaltet.⁵⁷⁸

Der Begründung des DSA ist hier zu entnehmen, dass die Kommission durch ihren Gesetzesvorschlag jedenfalls im Allgemeinen eine Verbesserung des Binnenmarktes durch den Abbau bzw. die Vermeidung von Hindernissen für den internationalen Dienstleistungsverkehr anstrebt. Von einer objektiv messbaren Verbesserung des Binnenmarktes durch den DSA kann natürlich nur die Rede sein, wenn im ersten Schritt überhaupt das Entstehen von

⁵⁷⁵ EuGH v. 05.10.2000 - C-376/98, Rn. 106 ff.; Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 47.

⁵⁷⁶ EuGH v. 05.10.2000 - C-376/98, Rn. 109.

⁵⁷⁷ EuGH v. 05.10.2000 - C-376/98, Rn. 83 ff.; Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 50.

⁵⁷⁸ Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 51.

Grundfreiheitshindernissen ohne Vereinheitlichung als wahrscheinlich angesehen wurde. Für die weitere Prüfung ist also zunächst davon auszugehen, dass divergierende nationale Vorschriften zu Beschwerdeverfahren, Transparenzpflichten, Streitbeilegung etc. tatsächlich den Zugang zu einzelnen nationalen Märkten beschränken und den Binnenmarkt dadurch segmentieren würde. Die Vorschriften des DSA müssten diese Wirkung also tatsächlich vermeiden.

Durch unionsweit einheitliche Vorschriften in diesem Bereich wäre jedenfalls sichergestellt, dass die Anbieter sich nur mit einem einzigen Regelwerk auseinandersetzen müssten und beispielsweise nicht gezwungen wären, ihr Angebot in einzelnen Mitgliedstaaten mit erweiterten Funktionen auszustatten, in mehreren Staaten unterschiedliche Transparenzberichte vorzulegen oder unterschiedliche Informationen zu ihren Algorithmen zu veröffentlichen. Dadurch würde es den Anbietern in wirtschaftlicher Hinsicht erleichtert, ihre Dienste in allen Mitgliedstaaten zu den gleichen Bedingungen anzubieten, da weniger Aufwand in die Befolgung einzelner nationalstaatlicher Regeln investiert werden müsste. Auch die Vereinheitlichung des Meldeverfahrens durch Art. 16 DSA und dessen Einfluss auf die Haftungsprivilegierung würde die Haftungsrisiken der Anbieter in unterschiedlichen Mitgliedstaaten angleichen und so den ursprünglich mit der ECRL verfolgten Zweck aktualisieren. Insgesamt lassen sich also die Vorschriften der Kapitel I, II und III (Abschnitte 1 – 3) DSA durchaus als eine Verbesserung des Binnenmarktes beurteilen, sofern man sie als Antwort auf echte Grundfreiheitshindernisse ansieht.

Problematisch erscheint ein positiver Binnenmarkteffekt jedoch im Hinblick auf die besonderen Pflichten für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 - 37 DSA. Diese Vorschriften verpflichten die großen Intermediäre dazu, selbständig die systemischen Risiken, die sich aus der spezifischen Funktionsweise und Nutzung ihrer Plattformen ergeben, zu analysieren und effektive Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Die Erfüllung dieser Pflichten soll jährlich durch unabhängige Auditoren überprüft werden. Durch diese völlig neuen Pflichten, die derzeit keine Vorbilder in den nationalen Rechtsordnungen finden⁵⁷⁹, sollen nach ErwG 79 DSA die gesellschaftlichen Probleme adressiert werden, die sich aus der Bündelung von Macht bei den großen Informationsintermediären ergeben, insbesondere Risiken für die öffentliche Meinungsbildung, die Verwirklichung von Grundrechten, die öffentliche Sicherheit, Gesundheit und die Integrität von Wahlprozessen.⁵⁸⁰ Dabei handelt es sich ausschließlich um öffentliche Rechtsgüter von allgemeinem gesellschaftlichem Interesse; ein materieller Bezug zum Binnenmarkt bzw. zum internationalen Wirtschaftsverkehr fehlt. Das primäre Ziel dieser Vorschriften ist es, öffentliche Rechtsgüter vor den Gefahren zu schützen, welche durch die neuartigen Machtpotentiale der großen, internationalen Informationsintermediäre begründet werden, und nicht, den freien Verkehr von Dienstleistungen innerhalb der Union zu gewährleisten. Diese Intention tritt insbesondere an dem neu eingefügten Krisenreaktionsmechanismus nach Art. 36 DSA zutage. Hier besteht

579 Teil III. B. I. 1. a) bb) (1).

580 Teil II. B. I. 2. c) aa).

offensichtlich kein direkter Bezug zum freien Dienstleistungsverkehr mehr, sondern es geht eindeutig um den Schutz der öffentlichen Sicherheit in außergewöhnlichen Krisensituationen.

Die Kommission betont in ihrer Begründung, dass die Förderung der „Sicherheit und des einheitlichen Schutzniveaus für die Rechte von Unionsbürgern“ im Online-Bereich ein wesentliches Ziel der Regulierung sei.⁵⁸¹ Dieser Zielvorstellung kann auch das neue Regulierungssystem gem. Art. 34 - 37 DSA zugeordnet werden. Die Kontrolle der großen Intermediäre im Hinblick auf ihre systemischen Risiken für die Verwirklichung von Grundrechten hat jedoch keinen unmittelbaren Bezug zum Binnenmarkt, da nicht ersichtlich ist, inwiefern hierdurch Grundfreiheitshindernisse beseitigt oder vermieden werden sollten. Der Austausch von Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten wird durch das Fehlen einer unionsweiten Kontrolle der Intermediäre nicht beeinträchtigt. Da derart umfassende Rechenschaftspflichten bisher von keinem Mitgliedstaat vorgesehen wurden, droht in dieser Hinsicht auch keine Fragmentierung des Binnenmarktes durch einen nationalstaatlichen Rechtspluralismus. Die Kommission scheint in ihrer Begründung vielmehr „Grundfreiheitshindernisse“ mit „Grundrechtshindernissen“ zu verquicken und den einheitlichen Schutz von Grundrechtspositionen als Angelegenheit des Binnenmarktes zu betrachten. Soweit die Union zur Rechtsangleichung im Interesse des Binnenmarktes berechtigt ist, kann sie bei der Angleichung von Rechtsvorschriften natürlich einen hohen Grundrechtsstandard etablieren. Das betrifft jedoch erst die Frage der materiellen Ausgestaltung von Angleichungsmaßnahmen und hat keinen Einfluss darauf, ob überhaupt die Kompetenz für eine solchen Angleichung vorliegt. Ein einheitliches Schutzniveau für alle Unionsbürger begründet für sich genommen noch keine Verbesserung des freien Dienstleistungsverkehrs. Ein derart weites Verständnis der Kompetenz nach Art. 114 Abs. 1 AEUV würde den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 Abs. 2 EUV verletzen und hätte im Grunde zur Folge, dass die Union über Art. 114 AEUV das gesamte öffentliche Wirtschaftsrecht regulieren könnte, sobald ein grenzüberschreitender Verkehr stattfindet, um ein einheitliches Schutzniveau für Verbraucher zu etablieren.

Im Ergebnis kann also ein positiver Binnenmarkteffekt für den Großteil der neuen Vorschriften des DSA bejaht werden, sofern man auch eine Notwendigkeit der Vereinheitlichung zur Vermeidung von Grundfreiheitshindernissen sieht. Die besonderen Compliance-Pflichten für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 - 37 DSA entfalten jedoch keine messbare positive Wirkung auf den freien Dienstleistungsverkehr, da sie vorrangig dem Schutz der öffentlichen Sicherheit dienen, und führen somit nicht zur Verbesserung des Binnenmarktes.

⁵⁸¹ COM (2020) 825 final, S. 6.

(4) Zwischenergebnis

Ob die Vorschriften des DSA einen hinreichenden Binnenmarktbezug aufweisen, ist zumindest zweifelhaft. Hindernisse für die Dienstleistungsfreiheit i.S.v. Marktzugangsbeschränkungen lassen sich nur begründen, wenn durch divergierende nationale Vorschriften ausländische Anbieter in spürbarer Weise wirtschaftlich stärker beeinträchtigt werden als inländische. Die Wahrscheinlichkeit solcher Beeinträchtigungen lässt sich momentan jedoch nur schwer nachvollziehen. Ein positiver Binnenmarkteffekt ließe sich jedenfalls für die Vorschriften der Kapitel I, II und III (Abschnitte 1 – 3) DSA begründen. Abzulehnen ist ein Binnenmarktbezug jedoch im Hinblick auf die besonderen Compliance-Pflichten für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 - 37 DSA, da diese nicht messbar zu einer Verbesserung des Binnenmarktes beitragen. Insgesamt ist die Begründung der Zuständigkeit durch die Kommission somit als deutlich zu pauschal und formelhaft anzusehen, da sie keine Schlüsse darauf zulässt, wie (potentielle) Grundfreiheitshindernisse konkret aussehen und wie die Vorschriften des DSA diese konkret verhindern sollen.

bb) Angleichung

Soweit ein ausreichender Binnenmarktbezug besteht, erlaubt Art. 114 Abs. 1 AEUV die „Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten“. Das bedeutet, dass die Maßnahme der Union grundsätzlich einen sachlichen Bezug zum (geltenden oder im Entstehen begriffenen⁵⁸²) Recht der Mitgliedstaaten aufweisen und der Annäherung dieser nationalen Rechtsvorschriften an unionsrechtliche Vorgaben dienen muss.⁵⁸³ Eine Rechtsangleichung in diesem Sinne liegt daher nicht mehr vor, wenn durch die Maßnahme der Union völlig neue Regelungsstrukturen geschaffen werden, die lediglich neben das nationale Recht treten, etwa durch die Schaffung neuer europaweiter Rechtsformen oder -institute.⁵⁸⁴ Die primäre Voraussetzung einer Rechtsangleichung ist somit, dass der europäische Sekundärrechtsakt das Recht der Mitgliedstaaten verändert.⁵⁸⁵

(1) Veränderung nationaler Rechtsvorschriften

Zunächst gilt es festzustellen, inwieweit Pflichten für Intermediäre, wie sie der DSA vorsieht, bereits in einzelnen Mitgliedstaaten geregelt wurden oder eine Regelung in Kürze bevorsteht. Die

582 EuGH v. 02.05.2006 - C-217/04, Rn. 23.

583 Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 23.

584 EuGH v. 02.05.2006 - C-436/03, Rn. 40 ff. (Europäische Genossenschaft); Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 24.

585 Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 24.

Kommission nennt hierfür in ihrer Gesetzesbegründung keine konkreten Beispiele.⁵⁸⁶ Im internationalen Vergleich tritt vor allem Deutschland mit den in dieser Untersuchung bereits dargestellten Regeln des NetzDG⁵⁸⁷ und des MStV⁵⁸⁸ hervor. Diese Gesetze enthalten insbesondere Vorschriften zur Löschung strafbarer Inhalte, Einrichtung von Meldeverfahren und Verfahren zur außergerichtlichen Streitbeilegung sowie zur Veröffentlichung von Transparenzberichten und Informationen über die Funktionsweise von Algorithmen. Inzwischen hat auch Österreich mit dem zum 01.01.2021 in Kraft getretenen Kommunikationsplattformen-Gesetz (KomPI-G) ein Gesetz erlassen, das sich sehr nahe am deutschen NetzDG hält und dessen Pflichtenkatalog im Wesentlichen übernimmt. Zuvor hatte bereits Frankreich den Erlass eines ähnlichen „Gesetzes gegen hasserfüllte Inhalte im Internet“ beschlossen. Dieses als „Loi Avia“ bekannt gewordene Gesetz wurde jedoch bereits im Juni 2020 vom Französischen Verfassungsrat für weitgehend verfassungswidrig erklärt, da die vorgesehenen Löschpflichten und kurzen Löschfristen eine unverhältnismäßige Einschränkung der Meinungsfreiheit darstellten.⁵⁸⁹ Im Juli 2021 wurde außerdem das französische „Gesetz zur Stärkung republikanischer Prinzipien“ verabschiedet, welches unter anderem Intermediäre dazu verpflichtet, Beschwerdeverfahren einzurichten, sowie angemessene Ressourcen für die Bekämpfung rechtswidriger Inhalte einzusetzen und über die eingesetzten Verfahren zu berichten.⁵⁹⁰ Auch Frankreich orientiert sich bei seinen Gesetzesvorhaben also im Wesentlichen am Inhalt des NetzDG. Weitere vergleichbare Gesetzgebungsverfahren innerhalb der Union sind dem Verfasser nicht bekannt.

Es zeigt sich, dass die Vorschriften des DSA wohl vor allem im Hinblick auf das deutsche Recht bzw. seine „Nachahmer“ ausgestaltet wurden. Das hat zur Folge, dass tatsächlich ein Großteil der Vorschriften des DSA zu einer Veränderung des deutschen Rechts führen würde und damit auch das Recht der anderen Mitgliedstaaten, die vergleichbare Regeln erlassen haben oder dies beabsichtigen, angleichen würde. Das betrifft insbesondere die Pflichten zum Umgang mit rechtswidrigen Inhalten in Art. 14, 16, 17, 20, 21, 23 DSA sowie die Berichts- und Transparenzpflichten in Art. 15, 24, 42 DSA.

Keinerlei Vorbilder in den nationalen Gesetzen finden hingegen die besonderen Compliance-Vorschriften für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 - 37 DSA, welche die Intermediäre zur eigenverantwortlichen Bewertung und Abmilderung der systemischen Risiken, die sich aus der spezifischen Funktionsweise und Nutzung ihrer Plattformen ergeben, verpflichten. Kein Mitgliedstaat sieht nach Kenntnis des Verfassers bislang eine derart umfassende

⁵⁸⁶ COM (2020) 825 final, S. 5.

⁵⁸⁷ Teil II. A. I.

⁵⁸⁸ Teil II. A. III.

⁵⁸⁹ *Heldt*, Loi Avia: Frankreichs Verfassungsrat kippt Gesetz gegen Hass im Netz, JuWiss, 23.06.2020, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/96-2020/> (zuletzt abgerufen am 31.07.2022); vgl. zur entsprechenden Diskussion in Deutschland Teil III. A. III. 1.

⁵⁹⁰ *Pollet*, Frankreich prescht vor. Kommission warnt vor Fragmentierung der Digital-Regulierung, Euractiv, 05.07.2021, abrufbar unter <https://www.euractiv.de/section/innovation/news/frankreich-prescht-vor-kommission-warnt-vor-fragmentierung-der-digital-regulierung/> (zuletzt abgerufen am 31.07.2022).

Rechenschaftspflicht für große Intermediäre vor oder beabsichtigt den Erlass vergleichbarer Regeln. Diese Pflichten unterscheiden sich auch grundlegend von den bislang bekannten Löschpflichten oder allgemeinen Pflichten zur Bekämpfung rechtswidriger Inhalte. Im deutschen, österreichischen oder französischen Recht sollten die Intermediäre bislang durch Maßnahmen der imperativen Regulierung (insbesondere Bußgelddrohungen) zur effektiven Durchsetzung des Strafrechts bzw. zur Löschung rechtswidriger Inhalte auf ihren Plattformen angehalten werden. Durch Art. 34, 35 DSA sollen jedoch sämtliche systemischen Risiken, die sich aus der Konzentration von Macht bei den großen Intermediären ergeben, adressiert werden, wobei auch die Aufzählung der potentiellen Risiken in Art. 34 Abs. 1 DSA nicht abschließend ist. Aus den Gesetzesmaterialien geht nicht hervor, ob diese Pflichten möglicherweise an die Stelle der Löschpflichten nach nationalem Recht treten sollen und damit als Abänderung dieser Pflichten konzipiert sind. Dagegen spricht, dass solche Löschpflichten bislang nicht ausschließlich auf sehr große Online-Plattformen zugeschnitten waren und auch die Regulierungsstrategie des DSA eine andere ist (Regulierte Selbstregulierung) als die imperative Regulierung des NetzDG oder des KomPI-G⁵⁹¹. Die neuen Vorschriften fordern von den Intermediären eine völlig neue Dimension der selbständigen Auseinandersetzung mit den systemischen Implikationen ihres Geschäftsmodells und gehen weit über das bloße Löschen von gemeldeten Inhalten hinaus. Auch der von der Kommission überwachte Krisenreaktionsmechanismus gem. Art. 36 DSA findet keinerlei Vorbilder in den nationalen Rechtsvorschriften. Schließlich stellt auch die Kontrolle dieser Pflichten durch unabhängige Auditoren gem. Art. 37 DSA, die neben die staatliche Aufsicht durch die Mitgliedstaaten tritt, ein völliges Novum dar.

Durch die Art. 34 - 37 DSA werden zwar im engeren Sinn keine neuen Rechtsinstitute oder unionsweite Rechtsformen geschaffen, wie das etwa bei der Einführung der europäischen Genossenschaft⁵⁹² der Fall war. Dennoch wird hier ein völlig neues Regulierungssystem für Online-Intermediäre auf europäischer Ebene eingeführt, das nicht erkennbar an die Stelle bisheriger, vergleichbarer nationaler Regulierungsstrukturen tritt. Mit den Auditoren gem. Art. 37 DSA wird außerdem eine neue Ordnung nichtstaatlicher Aufsichtsorgane etabliert, die neben die staatlichen Aufsichtsbehörden treten. Insgesamt stellen sich die Vorschriften der Art. 34 - 37 DSA deshalb nach hier vertretener Ansicht nicht mehr als Abänderung nationaler Vorschriften dar.

Der DSA geht ferner über die bestehenden nationalstaatlichen Regeln hinaus, indem er gänzlich neue Behördenstrukturen schafft⁵⁹³, insbesondere durch die Etablierung der neuen, unabhängigen KDD, des beratenden Europäischen Gremiums und die alleinige Zuständigkeit der Kommission als Aufsichtsbehörde bei sehr großen Online-Plattformen⁵⁹⁴.

591 Teil II. B. I. 2. c) aa).

592 EuGH v. 02.05.2006 - C-436/03, Rn. 40 ff.

593 Vgl. EuGH v. 02.05.2006 - C-217/04 (Europäische Agentur für Netz- und Informationssicherheit); Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 26.

594 Teil II. B. I. 3.

(2) Mehrwert für Binnenmarkt durch neue Strukturen?

Gegebenenfalls kann auch die Schaffung neuer Regelungs- oder Behördenstrukturen noch auf Art. 114 Abs. 1 AEUV gestützt werden, wenn diese Strukturen in einem engen sachlichen Zusammenhang zum Inhalt einer Angleichungsmaßnahme stehen und damit ebenso primär zu einer Verbesserung des Binnenmarkts führen.⁵⁹⁵ Der EuGH räumt dem europäischen Gesetzgeber dabei einen Ermessensspielraum hinsichtlich der jeweils erforderlichen Angleichungstechnik ein, insbesondere in Bereichen, die durch komplexe technische Besonderheiten gekennzeichnet sind.⁵⁹⁶

Die besonderen Pflichten für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 ff. DSA haben keinen unmittelbaren Bezug mehr zu den restlichen Vorschriften des DSA und dienen auch nicht zu deren besserer Umsetzung oder Harmonisierung. Wie bereits oben ausgeführt wurde, entfalten diese für sich allein stehenden Pflichten auch keine messbare positive Auswirkung auf den Binnenmarkt, da sie nicht die Verbesserung des internationalen Dienstleistungsverkehrs zum Gegenstand haben und durch sie keine Grundfreiheitshindernisse beseitigt werden.⁵⁹⁷ Sie können deshalb nicht mehr als Maßnahme der Rechtsangleichung im Sinne von Art. 114 Abs. 1 AEUV angesehen werden. Die Kontrolle durch unabhängige Auditoren gem. Art. 37 AEUV ließe sich möglicherweise mit dem Argument rechtfertigen, dass diese Auditoren aufgrund ihrer Expertise besonders geeignet sind, die Compliance-Bemühungen der großen Intermediäre zu beurteilen, und ihre Tätigkeit die nationalen Aufsichtsbehörden entlastet, was insgesamt zu einer effektiveren Kontrolle dieser Intermediäre führt.

Die Einrichtung neuer Behördenstrukturen kann zulässig sein, wenn sie für die effektive Umsetzung des neuen Unionsrechts erforderlich sind und somit einen substantiellen Mehrwert für den Binnenmarkt darstellen.⁵⁹⁸ In Bereichen, die aufgrund technischer Besonderheiten und Entwicklungen besonderen Sachverstand und Reaktionsfähigkeit erfordern, ist nach der Rspr. des EuGH auch die Schaffung neuer Unionseinrichtungen möglich, deren Aufgabe es ist, zur Verwirklichung des Harmonisierungsprozesses beizutragen.⁵⁹⁹

Anhand dieser Voraussetzungen lassen sich jedenfalls die Etablierung der KDD als unabhängige nationale Aufsichtsbehörden sowie die Schaffung des Europäischen Gremiums als unterstützendes und beratendes Organ auf europäischer Ebene legitimieren. Da die Pflichten des DSA unmittelbar gelten sollen, kann es für eine effektive und gleichmäßige Umsetzung der neuen Vorschriften in allen Mitgliedstaaten als erforderlich angesehen werden, dass den zuständigen Aufsichtsbehörden unionsweit im Wesentlichen die selben Befugnisse zur Verfügung stehen und diese Behörden unabhängig von sonstigen staatlichen Stellen agieren können. Die Schaffung der

⁵⁹⁵ EuGH v. 02.05.2006 - C-217/04, Rn. 45; Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 24.

⁵⁹⁶ EuGH v. 22.01.2014 - C-270/12, Rn. 102 f. (Europäische Wertpapier- und Marktaufsichtsbehörde).

⁵⁹⁷ Teil III. B. I. 1. a) aa) (3).

⁵⁹⁸ EuGH v. 02.05.2006 - C-217/04, Rn. 44; Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn. 26.

⁵⁹⁹ EuGH v. 02.05.2006 - C-217/04, Rn. 44; EuGH v. 22.01.2014 - C-270/12, Rn. 104.

neuen Behördenstruktur kann dabei auch als verhältnismäßig beurteilt werden, da es den Mitgliedstaaten überlassen bleibt, wie sie die jeweilige Behörde einrichten wollen, welche die Funktion des KDD ausübt, und sie die entsprechenden Verwaltungsvorschriften selbst erlassen können.⁶⁰⁰ Das Europäische Gremium für digitale Dienste, das vor allem beratend und unterstützend tätig wird und die einheitliche Anwendung des DSA in allen Mitgliedstaaten fördern soll, lässt sich indes mit dem vom EuGH entschiedenen Fall der Europäischen Agentur für Netz- und Informationssicherheit⁶⁰¹ vergleichen. Auch hier besteht ein enger sachlicher Zusammenhang zu den Vorschriften des DSA und aufgrund der technischen Besonderheiten und schnellen Entwicklung der digitalen Märkte dürfte von einem solchen zentralen Beratungsorgan durchaus ein positiver Einfluss auf die Harmonisierung der Rechtsanwendung ausgehen.

Fraglich ist jedoch, ob sich auch die alleinige Aufsichtsbefugnis der Kommission gem. Art. 56 Abs. 3, 4 DSA und der Krisenreaktionsmechanismus gem. Art. 36 DSA auf diese Weise rechtfertigen lassen. Teilweise wird die Grenze des binnenmarktdienenden Charakters einer europäischen Behörde dort gesehen, wo der Behörde eine eigene Entscheidungskompetenz zusteht und sie aufgrund originärer Befugnisse unmittelbar gegenüber den Marktteilnehmern tätig werden kann, da in diesem Fall die nationalen Behörden übersteuert werden.⁶⁰² Der EuGH hat jedoch eine solche originäre Entscheidungskompetenz im Falle der ESMA unter dem Gesichtspunkt des Ermessensspielraums des Gesetzgebers und besonderer technischer Erfordernisse noch als zulässige Technik der Rechtsangleichung angesehen.⁶⁰³

Die Aufsichtsbefugnis der Kommission wird in ErwG 137 DSA vor allem mit dem Argument gerechtfertigt, dass Regelverstöße der großen Intermediäre eine große Anzahl von Nutzern in mehreren Mitgliedstaaten beeinträchtigen und großen sozialen Schaden anrichten könnten. Soweit man schon, wie hier, die besonderen Pflichten der Art. 34 ff. DSA als nicht von Art. 114 AEUV gestützt ansieht, verliert dieses Argument deutlich an Überzeugungskraft, da dann eine Kontrolle von systemischen Sicherheitsrisiken auf Unionsebene ohnehin wegfällt. Von den besonderen Pflichten in Kapitel 3, Abschnitt 4 bleiben dann im Wesentlichen nur noch die Transparenzpflichten gem. Art. 38, 39, 42 DSA übrig. Diesbezüglich erscheint nach hier vertretener Auffassung der drohende Schaden für den Binnenmarkt bei Verletzungen nicht so erheblich, dass sich dadurch eine Übersteuerung der nationalen Behörden durch die Kommission rechtfertigen ließe, zumal die Kommission in technischer Hinsicht nicht besser spezialisiert ist als die nationalen KDD. In diesem Zusammenhang ist auch der in der endgültigen Gesetzesfassung neu eingefügte Art. 64 DSA zu beachten, wonach die Kommission in Zusammenarbeit mit den KDD und dem Gremium eigene Sachkenntnis und Kapazitäten entwickeln soll. Implizit bestätigt diese Vorschrift jedoch gerade, dass die Kommission für die Entwicklung von Kompetenz auf die nationalen Behörden angewiesen

⁶⁰⁰ Zweifelhaft jedoch der Bundesrat in seiner Stellungnahme zum DSA, BR-Drs. 96/21, S. 4.

⁶⁰¹ EuGH v. 02.05.2006 - C-217/04, Rn. 56 f.

⁶⁰² GA *Jääskinen*, Schlussantr. zu EuGH v. 22.01.2014 - C-270/12, Rn. 45; *Calliess/Ruffert/Korte*, Art. 114 AEUV, Rn. 26.

⁶⁰³ EuGH v. 22.01.2014 - C-270/12, Rn. 105 f.

ist und die originäre Sachkenntnis eigentlich bei diesen liegt. Es ist auch nicht ersichtlich, warum die Kommission bei den sonstigen Pflichten der großen Anbieter eine schnellere oder effektivere Überwachung garantieren sollte als die nationalen KDD, welche gerade auf diese Tätigkeit spezialisiert und mit ausreichenden Befugnissen ausgestattet sind. Auch für die Intermediäre stellt die Aufsichtsbefugnis der Kommission eine zusätzliche Belastung dar, da hierfür nach Art. 43 DSA eine gesonderte Aufsichtsgebühr von den sehr großen Online-Plattformen erhoben werden soll. Insgesamt sprechen deshalb gewichtige Gründe gegen einen substantiellen Mehrwert für den Binnenmarkt durch die Aufsichtsbefugnis der Kommission.

(3) Zwischenergebnis

Die Vorschriften des DSA verändern jedenfalls das deutsche, österreichische und französische Recht. Eine Ausnahme bilden jedoch die besonderen Vorschriften für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 - 37 DSA, die nicht an mitgliedstaatliches Recht anknüpfen und ein völlig neues System der Regulierten Selbstregulierung etablieren. Die Pflichten in Art. 34, 35, 36 DSA lassen sich auch nicht durch einen substantiellen Mehrwert für den Binnenmarkt rechtfertigen. Die Schaffung neuer staatlicher und nichtstaatlicher Aufsichtsstrukturen durch den DSA lassen sich weitgehend noch als Rechtsangleichung i.S.v. Art. 114 Abs. 1 AEUV ansehen. Die Übersteuerung der nationalen Behörden durch die originäre Aufsichtsbefugnis der Kommission bei sehr großen Online-Plattformen lässt sich jedoch nach hier vertretener Ansicht nicht mit einem Mehrwert für den Binnenmarkt rechtfertigen.

cc) Ergebnis

Im Ergebnis lässt sich feststellen, dass die Voraussetzungen für eine Binnenmarktharmonisierung gem. Art. 114 AEUV keinesfalls so eindeutig vorliegen, wie es die knappe Begründung der Kommission suggeriert. Es ist bereits zweifelhaft, ob überhaupt ein ausreichender Binnenmarktbezug besteht. Jedenfalls für die neuen Pflichten der Art. 34 - 37 DSA ist ein positiver Binnenmarkteffekt nach hier vertretener Auffassung zu verneinen. Im Hinblick auf Art. 34, 35, 36 DSA liegt auch keine Maßnahme der Rechtsangleichung mehr vor. Soweit man von der Wahrscheinlichkeit von Marktzugangsbeschränkungen ausgeht, ließen sich aber zumindest der Großteil der übrigen Vorschriften des DSA auf Art. 114 AEUV stützen, mit Ausnahme der Aufsichtsbefugnis der Kommission bei sehr großen Online-Plattformen.

b) Sonstige geteilte Zuständigkeiten

Soweit man die Einschlägigkeit von Art. 114 AEUV verneinen will, stellt sich die Frage, ob stattdessen andere geteilte Zuständigkeiten gem. Art. 4 Abs. 2 AEUV als Kompetenzgrundlage für den DSA herangezogen werden können.

Nicht einschlägig ist die Zuständigkeit im Bereich transeuropäischer Netze gem. Art. 170 – 172 AEUV. Zwar umfasst die Telekommunikationsinfrastruktur i.S.v. Art. 170 Abs. 1 AEUV auch die Bereiche Breitband und digitale Dienste⁶⁰⁴, doch geht es bei dieser Zuständigkeit um die Schaffung und Erhaltung der digitalen Infrastruktur als solche, d.h. die zur Übertragung von Daten erforderlichen, ortsfesten, dauerhaften Einrichtungen⁶⁰⁵, und nicht um die inhaltliche Regulierung der jeweils übertragenen Dienste.

Auch die Zuständigkeit für den Verbraucherschutz ist gem. Art. 169 Abs. 2 lit. a) AEUV an die Verwirklichung des Binnenmarktes i.S.v. Art. 114 AEUV gekoppelt und kommt deshalb nur in Betracht, soweit auch tatsächlich eine Maßnahme der Binnenmarktharmonisierung gem. Art. 114 Abs. 1 AEUV vorliegt.⁶⁰⁶

Schließlich wäre noch an die Zuständigkeit im Rahmen des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (RSFR) gem. Art. 67 – 89 AEUV zu denken, da beispielsweise die Kontrolle der sehr großen Online-Plattformen nach Art. 34 ff. AEUV ausdrücklich dem Schutz allgemeiner Rechtsgüter wie der öffentlichen Meinungsbildung, der Verwirklichung von Grundrechten oder der öffentlichen Sicherheit und Gesundheit dienen soll. Der RSFR beschränkt sich jedoch auf die Bereiche der Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung, justizielle Zusammenarbeit in Straf- und Zivilsachen, sowie polizeiliche Zusammenarbeit. Die allgemeine Kompetenz zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung sowie zur Durchsetzung des Strafrechts bleibt dabei bei den Mitgliedstaaten. Eine originäre Zuständigkeit der Union zum gleichmäßigen Schutz der öffentlichen Sicherheit in allen Mitgliedstaaten besteht grundsätzlich nicht.

Mithin lässt sich feststellen, dass außer Art. 114 AEUV keine andere Kompetenzgrundlage für die Regulierung digitaler Vermittlungsdienste, wie sie der DSA vorsieht, herangezogen werden kann. Um die Vereinheitlichung der Intermediärsregulierung auf Unionsebene zu legitimieren, kommt es also entscheidend darauf an, inwieweit diese Regulierung tatsächlich der Verwirklichung des Binnenmarktes dient.

2. Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, Art. 5 Abs. 3, Abs. 4 EUV

Da sich der DSA nur auf die geteilte Zuständigkeit des Art. 114 AEUV stützen lässt, sind bei der Ausübung dieser Gesetzgebungskompetenz durch die Unionsorgane auch das

⁶⁰⁴ Art. 2 Abs. 2 VO (EU) Nr. 283/2014.

⁶⁰⁵ Calliess/Ruffert/Calliess, Art. 170 AEUV, Rn. 7.

⁶⁰⁶ Calliess/Ruffert/Krebber, Art. 169 AEUV, Rn. 16.

Subsidiaritätsprinzip gem. Art. 5 Abs. 3 EUV und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gem. Art. 5 Abs 4 EUV zu berücksichtigen. Die Union darf demnach nur tätig werden, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. In formaler Hinsicht hat die Union das jeweils mildeste Mittel zur Erreichung ihrer Ziele wählen.

a) Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten

Das erklärte Ziel der Kommission ist es, durch den DSA die Bedingungen für die Entwicklung innovativer, grenzüberschreitender digitaler Dienste in der Union zu harmonisieren und dabei ein sicheres Online-Umfeld aufrechtzuerhalten.⁶⁰⁷ Dieses Ziel könne aufgrund der grenzüberschreitenden Natur des Internets nur durch die Regulierung auf Unionsebene verwirklicht werden; diese Sorge für unionsweite Rechtssicherheit und geringere Compliance-Kosten sowie für einen gleichmäßigen Schutz aller Unionsbürger durch eine kohärente Aufsicht über Intermediäre, die ihre Dienste in allen Mitgliedsstaaten anbieten.

Unterstellt man die Übereinstimmung dieser Ziele mit der Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV, so spricht vieles dafür, dass sie von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können. Die Kommission sieht die Bedrohung für den Binnenmarkt gerade in einem Rechtspluralismus bei der Regulierung von Intermediären. Eine solche Fragmentierung nationaler Vorschriften kann naturgemäß nicht durch die Mitgliedstaaten selbst verhindert werden, da nur die Union die gesetzgeberischen Mittel besitzt, um die Rechtsvorschriften aller Mitgliedstaaten anzugleichen und so nationale Unterschiede effektiv zu harmonisieren, vgl. ErwG 155 DSA. Die Rechtsangleichung kann somit wegen ihrer intendierten Wirkung nur auf Unionsebene verwirklicht werden.

Abgesehen vom Argument des drohenden Rechtspluralismus erscheint es jedoch nicht überzeugend, dass die Mitgliedstaaten nicht durch den Erlass nationaler Vorschriften für einen ausreichenden Schutz der Rechte ihrer Bürger vor Gefahren durch die Intermediäre sorgen könnten. Grundsätzlich besitzen alle Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Intermediäre, die ihre Dienste im jeweiligen Staat anbieten, durch gesetzliche Vorgaben zu regulieren und damit die Rechte ihrer Bürger sowie öffentliche Rechtsgüter in ihrem Hoheitsbereich zu schützen. Derzeit deutet auch nichts darauf hin, dass sich die grenzüberschreitend tätigen Intermediäre beispielsweise über die Vorschriften einzelner Staaten hinwegsetzen würden und deshalb nur eine Regulierung auf Unionsebene effektiv wäre. Die grenzüberschreitende Natur des Internets allein genügt dabei nicht, um die Notwendigkeit einer unionsweit einheitlichen Regulierung von Internetdiensten zu

⁶⁰⁷ COM (2020) 825 final, S. 6.

begründen.⁶⁰⁸ Es ist davon auszugehen, dass die Mitgliedstaaten durchaus die Kompetenzen und Mittel besitzen, um Gefahren für die Rechtsverwirklichung ihrer Bürger durch die Intermediäre mittels eigener Vorschriften effektiv einzudämmen; auch die Begründung der Kommission führt hierzu nicht Näheres aus. Letztlich bleibt es also auch im Rahmen des Subsidiaritätsprinzips bei dem Argument des drohenden Rechtspluralismus.

b) Wahl der Rechtsform

Geht man davon aus, dass die Ziele des DSA nur auf Unionsebene verwirklicht werden können, stellt sich weiterhin die Frage, ob es hierfür erforderlich ist, eine allgemein verbindliche und unmittelbar geltende Verordnung i.S.v. Art. 288 Abs. 2 AEUV zu erlassen, oder ob diese Ziele auch durch eine Richtlinie i.S.v. Art. 288 Abs. 3 AEUV erreicht werden können, welche die konkrete Umsetzung den Mitgliedstaaten überlässt. In diesem Zusammenhang ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gem. Art. 5 Abs. 4 EUV zu beachten, wonach die Richtlinie als die für die Souveränität der Mitgliedstaaten schonendere Maßnahme grundsätzlich Vorrang vor der Verordnung hat, soweit eine unmittelbare Geltung nicht notwendig ist, um die Ziele der Maßnahme umzusetzen.⁶⁰⁹

Hatte die Union bei der Regulierung von Internetdiensten bisher oft zum Erlass von Richtlinien geneigt (vgl. etwa die ECRL, AVMD-RL, DI-RL), so sind die Vorschriften des DSA nun als Verordnung allgemein verbindlich und werden in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Geltung entfalten. Die Kommission beschränkt sich bei der Begründung ihrer Rechtsformwahl wiederum auf die relativ pauschale Feststellung, dass durch die Verordnung ein einheitliches Schutzniveau in der Union gewährleistet und Abweichungen, die die Verbreitung der relevanten Dienste behindern würden, verhindert werden sollen.⁶¹⁰ Dies sei nötig, um Rechtssicherheit und Transparenz für Nutzer und Anbieter sicherzustellen. Ein Vergleich zur Wirksamkeit einer Richtlinie wird gar nicht gezogen. Es erscheint daher bereits fraglich, ob diese formelhafte Begründung überhaupt die Anforderungen von Art. 5 Subsidiaritätsprotokoll erfüllt, der einen „Vermerk mit detaillierten Angaben“ fordert, „die es ermöglichen zu beurteilen, ob die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit eingehalten wurden“.⁶¹¹

Zugunsten der Rechtsformwahl der Kommission lässt sich anführen, dass die unmittelbare, unionsweite Geltung der prozeduralen Pflichten für Intermediäre jedenfalls das effektivste und schnellste Mittel wäre, um die Compliance-Kosten zu verringern und so die ausgemachten Hindernisse für den freien Dienstleistungsverkehr zu beseitigen. Bei Erlass einer Richtlinie bestünde grundsätzlich die Möglichkeit, dass einzelne Pflichten von den Mitgliedsstaaten

⁶⁰⁸ Vgl. BR-Drs. 96/21, S. 4.

⁶⁰⁹ Calliess/Ruffert/Calliess, Art. 5 EUV, Rn 47 ff.

⁶¹⁰ COM (2020) 825 final, S. 7.

⁶¹¹ Vgl. Calliess/Ruffert/Calliess, Art. 5 EUV, Rn 64 f.

unterschiedlich ausgestaltet werden und die Intermediäre dadurch mit erheblichen Kosten belastet werden. Weiterhin erfordert eine einheitliche Kontrolle der sehr großen Online-Plattformen, wie sie die Kommission mit Art. 34 - 37 DSA anstrebt, naturgemäß eine direkte Geltung der entsprechenden Vorschriften und die unionsweit einheitliche Festlegung der zuständigen Aufsichtsbehörde. Andernfalls bestünde weiterhin eine Vielheit nationaler Kontrollmechanismen und der angestrebte unionsweite Standard könnte möglicherweise nicht garantiert werden.

Auf der anderen Seite ist zunächst zu berücksichtigen, dass auch das Instrument der Richtlinie eine vorbehaltlose Regelung von hohem inhaltlichem Detailgrad ermöglicht, welche bei mangelhafter Umsetzung sogar zur unmittelbaren Geltung der Richtlinie führen kann.⁶¹² So wäre es beispielsweise denkbar, die Gefahr von ausufernden nationalen Berichtspflichten dadurch einzudämmen, dass alle Mitgliedstaaten zum Erlass einer Berichtspflicht verpflichtet werden, deren wesentlicher Umfang durch die Richtlinie festgelegt wird und die nur für Anbieter gilt, die ihren Sitz (oder Repräsentanten) im jeweiligen Mitgliedstaat haben. Dabei könnte die Veröffentlichung von Informationen über die Inhaltmoderation im gesamten Unionsgebiet und eine Veröffentlichung in englischer Sprache vorgesehen werden, sodass alle Berichte Aussagekraft für das gesamte Unionsgebiet erhalten. Gleichzeitig wäre zu verbieten, dass diese nationalen Berichtspflichten auch für Anbieter gelten, die bereits nach dem Recht eines anderen Mitgliedstaates einer solchen Pflicht unterliegen. Schon dieses Beispiel zeigt, dass eine unmittelbare Geltung nicht zwangsläufig die einzige Möglichkeit darstellt, um eine ausufernde Kostenbelastung für international agierende Anbieter zu verhindern.

Im Übrigen könnte eine Richtlinie auch für die anderen prozeduralen Pflichten relativ detaillierte Vorgaben machen. Auch kleinere Abweichungen in der Gestaltung der nationalen Meldeverfahren, usw. dürften wohl nicht zu einer untragbaren Kostenbelastung führen, da die Anbieter von einem durch die Richtlinie festgelegten Standard ausgehen könnten, der in den einzelnen Mitgliedstaaten gegebenenfalls mit zumutbarem Aufwand leicht angepasst werden könnte. Auch hinsichtlich der Haftungsbegrenzung nach Art. 4 ff. DSA lässt sich die Notwendigkeit einer Verordnung nicht begründen, da diese Regeln seit mehr als 20 Jahren effektiv durch die ECRL umgesetzt werden.

Auch ein effektiver Schutz der Grundrechte von Nutzern erfordert, wie bereits oben dargelegt, nicht zwingend die unmittelbare Geltung unionsweiter Vorschriften, sondern kann auch durch nationale Bestimmungen, die das zivilrechtliche Verhältnis zwischen Anbieter und Nutzer regeln, gewährleistet werden. Die zivilrechtlichen Grundlagen von Verträgen über digitale Produkte wurden erst kürzlich durch die DI-RL geregelt. So hätte beispielsweise auch im Wege einer Richtlinie festgelegt werden können, dass die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass die Anbieter bei ihrer Inhaltmoderation die Grundrechte der Nutzer angemessen berücksichtigen (vgl.

⁶¹² Vgl. Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV, Rn 48 ff.

Art. 14 Abs. 4 DSA). Diese Anforderung wäre beispielsweise in Deutschland durch die Rspr. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte⁶¹³ bereits hinreichend umgesetzt.

c) Ergebnis

Auch im Hinblick auf die Anforderungen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit lässt sich feststellen, dass die Begründung der Kommission zu pauschal und formelhaft gefasst ist. Soweit man die Kompetenzgrundlage in Art. 114 AEUV bejaht, lässt sich zwar begründen, dass nur die Union eine Rechtsangleichung zum Schutz des Binnenmarktes umsetzen kann. Die Begründung der Kommission zur Wahl der Rechtsform ist jedoch nicht hinreichend, da gute Argumente gegen das zwingende Erfordernis einer unmittelbar geltenden Regelung sprechen. Die Ziele des DSA hätten größtenteils auch im Wege einer Richtlinie mit ausreichender Wirksamkeit umgesetzt werden können.⁶¹⁴

3. Fazit

Eine genauere Überprüfung der von der Kommission in Anspruch genommenen Gesetzgebungskompetenz zeigt, dass diese nicht so unproblematisch vorliegt, wie die Begründung des DSA suggeriert. Schon die Begründung der Zuständigkeit zur Binnenmarktharmonisierung gem. Art. 114 DSA bereitet einige Schwierigkeiten. Vor allem das neue Aufsichtssystem für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 - 37 DSA erscheint nicht mehr als Angleichungsmaßnahme zur Verbesserung des Binnenmarktes. Der DSA lässt sich auch nicht auf andere Zuständigkeiten der Union stützen. Schließlich ist auch zweifelhaft, ob der Gesetzesentwurf den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit genügt, da die Ziele der Verordnung größtenteils auch mit der Umsetzung einer Richtlinie durch die Mitgliedstaaten hätten verwirklicht werden können. Es spricht somit einiges dafür, dass der DSA zumindest teilweise die Souveränität der Mitgliedstaaten verletzt.

II. Vergleich mit NetzDG

Der DSA ist erkennbar unter dem Eindruck des deutschen NetzDG entstanden und enthält zahlreiche parallele Vorschriften zu den deutschen Regeln. Es stellt sich daher die Frage, inwieweit sich die Pflichten des DSA und des NetzDG unterscheiden und inwieweit hieraus ein Anwendungsvorrang des DSA folgen würde.

⁶¹³ Teil II. A. II.

⁶¹⁴ Vgl. BR-Drs. 96/21, S. 4; *Beaujean*, MMR 2021, 669.

1. Vergleich der Pflichten für Intermediäre

Die Pflichten für Intermediäre, welche das NetzDG und der DSA vorsehen, wurden in den vorangegangenen Kapiteln bereits dargestellt und erläutert.⁶¹⁵ In der folgenden tabellarischen Aufstellung sollen noch einmal die relevanten Vorschriften einander gegenübergestellt werden. Im Anschluss werden die wesentlichen Unterschiede der nationalen und europäischen Normen dargestellt⁶¹⁶:

Inhalt der Vorschrift	NetzDG	DSA
Beschwerdeverfahren	§ 3 Abs. 1	Art. 16
Löschpflicht	§ 3 Abs. 2 S. 1 Nrn. 2, 3	-
Begründungspflicht	§ 3 Abs. 2 Nr. 5	Art. 17
Meldung bei Strafverfolgungsbehörden	§ 3a	Art. 18
Gegenvorstellungsverfahren	§ 3b	Art. 20
Schlichtungsverfahren	§ 3c	Art. 21
Berichtspflicht	§ 2	Art. 15, 24, 42
Auskunft für Wissenschaft	§ 5a	Art. 40 Abs. 8
Bußgelder	§ 4	Art. 52
Aufsichtsbehörde	§ 4a	Art. 49, 51

Das Verfahren für Beschwerden über rechtswidrige Inhalte nach § 3 NetzDG muss nur für Nutzer der jeweiligen Plattform angeboten werden, während das Meldeverfahren des DSA ausdrücklich jedermann zur Verfügung stehen soll. Das Begriff des „rechtswidrigen Inhalts“ im NetzDG ist dabei wesentlich enger als im DSA, da er nur bestimmte strafbare Inhalte erfasst. § 3 NetzDG macht für die Angaben des Beschwerdeführers auch keine näheren Vorgaben, während nach Art. 16 Abs. 2 DSA die Meldung einen bestimmten Katalog an Informationen zum beanstandeten Inhalt und zur Person des Beschwerdeführers zu enthalten hat.

Der markanteste Unterschied zwischen NetzDG und DSA liegt darin, dass der DSA keine selbständige, öffentlich-rechtliche Pflicht zur Löschung rechtswidriger Inhalte vorsieht.⁶¹⁷ Der DSA macht den Anbietern für ihre Entscheidung über den beanstandeten Inhalt in Art. 16 Abs. 6 DSA lediglich die formale Vorgabe, dass die Entscheidung zeitnah, sorgfältig und objektiv zu erfolgen hat und lässt bei Untätigkeit gegebenenfalls die Haftungsprivilegierung des Anbieters entfallen.

Entfernt der Anbieter einen Inhalt, so hat er seine Entscheidung nach § 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG „unverzüglich“ zu begründen. Die Anforderungen von Art. 17 DSA an die Begründung gehen

⁶¹⁵ NetzDG: Teil II. A. I. 3.; DSA: Teil II. B. III. 2.

⁶¹⁶ Vgl. zum Ganzen *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283.

⁶¹⁷ Teil II. B. III. 2. b) cc).

darüber weit hinaus, indem sie detaillierte Vorgaben für ihren Inhalt machen. Insbesondere ist der betroffene Nutzer über die ihm zur Verfügung stehenden gerichtlichen und außergerichtlichen Rechtsbehelfe zu belehren. Im Übrigen greift die Begründungspflicht des NetzDG nur bei Entscheidungen, die auf eine Beschwerde hin ergehen, während Art. 17 DSA unabhängig davon gilt, wie der Anbieter vom Inhalt Kenntnis erlangt hat.

Während die Meldepflicht an das BKA gem. § 3a NetzDG beim Verdacht auf bestimmte, abschließend aufgezählte Straftaten gilt, sind gem. Art. 18 DSA nur dann Meldungen an die Behörden zu machen, wenn der Verdacht einer schweren Straftat besteht, die das Leben oder die Sicherheit von Personen gefährdet. Im Gegensatz hierzu sind nach § 3a NetzDG auch Vergehen gegen die allgemeine öffentliche Ordnung, wie beispielsweise die Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen gem. § 86a StGB, zu melden. Die Meldepflicht des DSA gilt allerdings für alle Informationen, die auf eine Straftat hindeuten (zum Beispiel Ankündigung eines Mordes) und nicht nur für digitale Inhalte, die selbst einen Straftatbestand erfüllen.

Ein wesentlicher Unterschied des Gegenvorstellungsverfahrens nach § 3b NetzDG zum internen Beschwerdemanagement nach Art. 20 DSA liegt in der Frist für die Einleitung des Verfahrens. Während die Gegenvorstellung nach § 3b Abs. 1 S. 2 NetzDG innerhalb von 2 Wochen nach der Information über die Entscheidung zu beantragen ist, soll das Verfahren nach Art. 20 DSA für einen Zeitraum von mindestens 6 Monaten ab der Entscheidung zur Verfügung stehen. Außerdem kann nach dem DSA eine Überprüfung der Entscheidung auch bei Kontensperrungen verlangt werden, während sich § 3b NetzDG nur auf Entfernung einzelner Inhalte bezieht.

Das außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren gem. Art. 21 DSA unterscheidet sich vom Schlichtungsverfahren nach § 3c NetzDG dadurch, dass der Plattformanbieter zumindest zur Teilnahme am Verfahren verpflichtet ist, wenn auch die Bindungswirkung der Entscheidung im Gesetzgebungsverfahren weggefallen ist. Außerdem steht dem Nutzer das Recht zur Wahl der jeweiligen Schlichtungsstelle zu. Im Übrigen enthält Art. 21 Abs. 5 DSA eine klare Kostenregelung zugunsten des Nutzers, während § 3c NetzDG die Kostenverteilung wohl den jeweiligen Schlichtungsstellen überlässt.

Die Berichtspflichten in NetzDG und DSA ähneln sich weitgehend. Ein wesentlicher Unterschied besteht jedoch in der Frequenz der Berichte. Während § 2 NetzDG von allen Anbietern einen halbjährlichen Bericht verlangt, gilt diese Bedingung gem. Art. 42 Abs. 1 DSA nur für sehr große Online-Plattformen; kleinere Plattformen müssen ihre Berichte gem. Art. 15 DSA nur einmal jährlich veröffentlichen. Inhaltlich ergeben sich Unterschiede vor allem bei der Pflicht zum Bericht über durchgeführte Schlichtungsverfahren (Art. 24 Abs. 1 DSA) und bei der Veröffentlichung von Nutzerzahlen (Art. 24 Abs. 2 DSA).

Die Auskunftspflicht gegenüber Wissenschaftlern in Art. 40 DSA ist tendenziell weiter als die korrespondierende Pflicht in § 5a NetzDG, da sie insgesamt der Untersuchung von systemischen

Risiken im Sinne von Art. 34 DSA dienen soll, während nach § 5a Abs. 2 NetzDG nur begrenzte Informationen über die Verbreitung rechtswidriger Inhalte und automatisierte Erkennungsverfahren eingeholt werden können.⁶¹⁸

Bei den Bußgeldern, die für Verstöße verhängt werden können, sieht Art. 52 DSA eine Höchstgrenze von 6 % des weltweiten Jahresumsatzes eines Anbieters vor. Die Bußgelder nach § 4 NetzDG richten sich grundsätzlich nicht nach dem Umsatz und können bis zu 5 Mio. € betragen. Im Einzelfall sind somit nach deutschem Recht schwerere Strafen möglich, als im DSA vorgesehen. Auf der anderen Seite könnten nach dem DSA bei großen Intermediären wie beispielsweise Facebook sogar höhere Bußgelder verhängt werden, da deren Jahresumsatz mehrere Milliarden Euro beträgt.

Während die Aufsichtsbehörde nach § 4a NetzDG für alle Anbieter, die ihre Dienste in Deutschland anbieten, das deutsche BfJ ist, sollen durch den DSA neue Behördenstrukturen geschaffen werden. Die bislang im NetzDG geregelten Pflichten sollen dann gem. Art. 49 ff. DSA vorrangig durch den KDD des Heimatstaates des Anbieters überwacht werden. Bei sehr großen Plattformanbietern, wie z.B. Twitter, ist grundsätzlich die Kommission zuständig, Art. 56 Abs. 2, 3 DSA.

Insgesamt zeigt sich also, dass der DSA den Intermediären fast durchgängig strengere Vorgaben für prozedurale Pflichten macht als das NetzDG. Eine entscheidende Ausnahme bilden die im DSA ausgesparten Löschpflichten für rechtswidrige Inhalte. Bei keiner der untersuchten Vorschriften sind die Pflichten des NetzDG im Detail deckungsgleich mit denen des DSA und es ist insgesamt eine deutlich nutzerfreundlichere Ausgestaltung des DSA zu erkennen.

2. Anwendungsvorrang des DSA?

a) Allgemeines

Nach allgemeiner Ansicht kommt dem Unionsrecht als supranationalem Recht im Verhältnis zum Recht der Mitgliedstaaten ein Anwendungsvorrang im Kollisionsfall zu.⁶¹⁹ Das bedeutet, dass sämtliches nationalstaatliches Recht, das im direkten oder indirekten Widerspruch zum geltenden Unionsrecht (Primär- und Sekundärrecht) steht, zwar nicht seine Geltung verliert, jedoch von keiner staatlichen Stelle mehr angewandt werden darf.⁶²⁰

Wie die vorgehende Gegenüberstellung gezeigt hat, steht ein Großteil der Normen des NetzDG in direkter Kollision zu den Vorschriften des DSA. Dort, wo der DSA strengere Pflichten oder detailliertere Vorgaben für Intermediäre vorsieht, wären die entsprechenden Regeln des NetzDG

⁶¹⁸ Vgl. *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184, 192.

⁶¹⁹ *Calliess/Ruffert/Ruffert*, Art. 1 AEUV, Rn 16 ff., m.w.N.

⁶²⁰ St. Rspr., vgl. EuGH v. 09.03.1978 – C-106/77, Rn. 17/18; EuGH v. 19.01.2010 – C-555/07, Rn. 54; zur Begründung im deutschen Verfassungsrecht BVerfGE 89, 155, 190.

somit nicht mehr anwendbar, sobald der DSA Gültigkeit erlangt.⁶²¹ Das betrifft insbesondere das Verfahren für die Beanstandung rechtswidriger Inhalte, die Begründung von Entscheidungen, das Gegenvorstellungsverfahren und das Schlichtungsverfahren. Auch bei den Berichtspflichten würden die Berichte nach Art. 15, 24, 42 DSA die Berichte nach dem NetzDG vollständig ablösen. Die Zuständigkeit des BfJ für die Durchsetzung dieser Vorschriften würde zugunsten der neuen Aufsichtsbehörden gem. Art. 49, 56 DSA entfallen, sodass die deutschen Behörden nicht mehr primär für die Beaufsichtigung von Intermediären mit Hauptsitz im EU-Ausland zuständig wären.⁶²² Die nach deutschem Recht verhängbaren Bußgelder müssten angepasst werden, damit sie die Höchstgrenzen des Art. 52 DSA einhalten.

b) Unanwendbarkeit von Löschpflichten des NetzDG?

Fraglich ist, ob der Anwendungsvorrang des DSA auch die umstrittenen Löschpflichten des NetzDG endgültig unanwendbar macht. Der Entwurf des DSA enthält keine Norm, die eine selbständige, öffentlich-rechtliche Pflicht der Anbieter zur Löschung rechtswidriger Inhalte begründet, deren Verletzung durch ein Bußgeld sanktioniert werden könnte. Die Verordnung beschränkt sich darauf, bei der formal korrekten Meldung eines solchen Inhalts nach Art. 16 Abs. 3 DSA die Haftungsprivilegierung des Anbieters nach Art. 4 ff. DSA entfallen zu lassen und den Anbieter so einer zivilrechtlichen Inanspruchnahme durch den Betroffenen auszusetzen. Sie enthält darüber hinaus aber auch kein ausdrückliches Verbot von weitergehenden, öffentlich-rechtlichen Löschpflichten. Auch in der Gesetzesbegründung findet sich keine eindeutige Stellungnahme zur Zulässigkeit oder Unzulässigkeit solcher Pflichten. Es wirkt geradezu, als ob absichtlich von einer dezidierten Normierung solcher Pflichten abgesehen wurde, wozu die kontroverse Diskussion um das deutsche NetzDG und die Entscheidung des französischen Verfassungsgerichtshofs über die „Loi Avia“ beigetragen haben könnten. Damit stellt sich jedoch die Frage, ob die Löschpflichten des NetzDG nun im Konflikt zum DSA stehen und deshalb unanwendbar werden, oder ob es den Mitgliedstaaten weiterhin möglich bleibt, zusätzlich zum Verlust der Haftungsprivilegierung auch öffentlich-rechtliche Löschpflichten für Anbieter zu statuieren.

Auch wenn der DSA selbst keine Öffnungsklausel für abweichende Regeln durch die Mitgliedstaaten vorsieht, könnte man zumindest im Bereich von Video-Sharing-Plattformen daran denken, Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL heranzuziehen, der als *lex specialis* fortgilt. Die Mitgliedstaaten haben demnach angemessene Maßnahmen zu treffen, um die Allgemeinheit vor schädlichen Inhalten i.S.v. Art. 28b Abs. 1 lit. a) – c) AVMD-RL zu schützen, wobei grundsätzlich auch eine Pflicht zur schnellen Löschung solcher Inhalte in Betracht käme. Nach hier vertretener Ansicht

⁶²¹ Im Ergebnis ebenso *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283, 287.

⁶²² Das NetzDG sollte nach h.M. in der Literatur auch bislang schon einen Verstoß gegen das Herkunftslandprinzip des Art. 3 Abs. 2 ECRL darstellen, hierzu *Liesching*, MMR 2018, 26, 29, m.w.N.

stellen die Löschpflichten des NetzDG jedoch keine „angemessenen Maßnahmen“ i.S.v. Art. 28b Abs. 1 AVMD-RL dar, da sie die Grundrechte der Plattformnutzer verletzen.⁶²³ Auch wenn man diesbezüglich anderer Auffassung sein sollte und Löschpflichten als zulässige, strengere Maßnahme gem. Art. 28b Abs. 6 AVMD-RL ansehen will, müssten diese Pflichten nichtsdestotrotz die Anforderungen des geltenden Unionsrechts erfüllen, wozu auch der DSA gehört.

Im Ergebnis kommt es also darauf an, inwieweit ein Konflikt zwischen den Löschpflichten des NetzDG und den Vorschriften des DSA besteht. Lässt sich ein Konflikt feststellen, greift der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und es kommt damit auch keine Abweichung nach Art. 28b Abs. 6 AVMD-RL mehr in Betracht.

aa) Konflikt mit Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSA

Nach einer starken Meinung in der juristischen Literatur sollen die Löschpflichten des NetzDG wegen der starren Fristen in § 3 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1- 3 NetzDG auch bislang schon einen Verstoß gegen Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL darstellen.⁶²⁴ Wo nach der ECRL nur ein „unverzügliches“ Tätigwerden ab Kenntnis von einem rechtswidrigen Inhalt gefordert wird, statuiert das NetzDG Fristen von 24 Stunden (bei offensichtlich rechtswidrigen Inhalten) bzw. regelmäßig 7 Tagen (bei sonstigen Inhalten), wobei von letzterer Frist aufgrund einer erforderlichen Sachverhaltsaufklärung abgewichen werden kann. Für die Berechnung der Frist knüpft das NetzDG nicht an die tatsächliche Kenntnisnahme des Anbieters vom Inhalt und dessen Rechtswidrigkeit an, sondern an den Eingang der Beschwerde. Überdies verlangt § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 NetzDG die unverzügliche Kenntnisnahme von der Beschwerde und weicht auch insoweit von der ECRL ab, wo keine „Pflicht zur Kenntnisnahme“ vorgesehen ist. Auch nach der deutschen Rspr. genügt eine „Kennenmüssen“ nicht für den Verlust der Haftungsprivilegierung.⁶²⁵ Nach der Gegenansicht⁶²⁶ sollen die Fristen des NetzDG im Hinblick auf die kollidierenden Grundrechte eine angemessene Ausgestaltung des von Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL vorgegebenen Rahmens für die Bearbeitungsfrist darstellen.

Die beschriebene Problematik bestünde auch nach der Ablösung der ECRL durch den DSA fort, da die zugrundeliegende Vorschrift der ECRL unverändert in Art. 6 DSA übernommen werden soll. Nach hier vertretener Ansicht sprechen dabei die besseren Argumente für einen Verstoß des NetzDG gegen die europäischen Vorschriften. Sowohl ECRL als auch DSA zielen auf die möglichst weitgehende Harmonisierung des Binnenmarktes, weshalb es einzelnen Mitgliedstaaten nicht zusteht, den Begriff der „Unverzüglichkeit“ durch konkret bemessene Fristen auszugestalten, da ansonsten wiederum die Gefahr einer Rechtszersplitterung bei der Haftung von Providern

⁶²³ Teil II. B. II. 2. b).

⁶²⁴ *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 99; *Liesching*, MMR 2018, 26, 29; *Spindler*, ZUM 2017, 473, 478 ff.; *Wimmers/Heymann*, AfP 2017, 93, 95.

⁶²⁵ BGH v. 23.09.2003 – VI ZR 335/02, Rn. 5 (zu § 5 TDG a.F.).

⁶²⁶ *Nölscher*, ZUM 2020, 301.

bestünde, welche durch die Rechtsangleichung gerade verhindert werden soll.⁶²⁷ Im Übrigen ist eine kurze Frist von 24 Stunden nicht mit der Komplexität der Rechtsfragen vereinbar, die sich bei der Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Meinungsäußerungen stellen. Deshalb besteht die Gefahr, dass der Anbieter bei seiner kurzfristigen Entscheidung die Meinungsfreiheit der Nutzer nicht hinreichend berücksichtigt⁶²⁸, was ebenfalls im Widerspruch zu den Zielen der ECRL steht, vgl. dort ErwG 46.

Dieser Konflikt wird auch durch Art. 16 Abs. 3 DSA bestätigt. Demzufolge soll die Meldung eines rechtswidrigen Inhalts nur dann eine Auswirkung auf Haftungsprivilegierung des Anbieters haben, wenn sie es einem sorgfältig handelnden Anbieter ermöglicht, ohne eingehende rechtliche Prüfung festzustellen, dass die einschlägige Tätigkeit oder Information rechtswidrig ist. Das NetzDG sieht keine entsprechende Anforderung an die Beschwerden nach § 3 NetzDG vor, während der Eingang einer solchen Beschwerde in jedem Fall eine Pflicht zur Kenntnisnahme und zum Tätigwerden des Anbieters auslöst, deren Verletzung zu einer Haftung des Anbieters nach § 4 NetzDG führen kann. Insofern tritt der Konflikt mit der europäischen Haftungsprivilegierung in der endgültigen Gesetzesfassung noch deutlicher hervor.

bb) Konflikt mit Art. 14 Abs. 4 DSA

Art. 14 Abs. 4 DSA verpflichtet die Anbieter, bei der Durchsetzung ihrer Nutzungsbedingungen in objektiver, sorgfältiger und verhältnismäßiger Weise zu entscheiden und dabei auch die berechtigten Interessen und Grundrechte aller beteiligten Parteien angemessen zu berücksichtigen. ErwG 52 DSA macht deutlich, dass damit der komplexe Ausgleich zwischen den Grundrechtspositionen aller Beteiligter im Plattformnutzungsverhältnis gefördert werden soll, insbesondere die Abwägung zwischen der Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer und den unternehmerischen Interessen der Anbieter. Durch den Bezug auf die europäische GRCh soll dabei ein einheitlicher Grundrechtsstandard etabliert werden, unabhängig vom jeweiligen Heimatstaat der Nutzer. Auch an anderer Stelle betont die Gesetzesbegründung, dass durch den DSA ein einheitliches Schutzniveau für die Grundrechte der Nutzer geschaffen und die strukturell bedingten Risiken von „Overblocking“ und „chilling effects“ minimiert werden sollen.⁶²⁹

Es sprechen überzeugende Gründe dafür, in den Löschpflichten des NetzDG einen Anreiz zum „Overblocking“ zu sehen, welcher die Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer verletzt.⁶³⁰ Soweit man diese Ansicht teilt, wäre aus diesem Grund auch ein Konflikt mit den Zielen des DSA, wie sie in Art. 14 Abs. 4 DSA niedergelegt sind, zu bejahen. Es zählt zu den erklärten Absichten der neuen Verordnung, das Rechtsverhältnis zwischen Intermediären und ihren Nutzern so

⁶²⁷ Spindler, ZUM 2017, 473, 479.

⁶²⁸ Vgl. Teil III. A. III. 1. a).

⁶²⁹ COM (2020) 825 final, S. 12.

⁶³⁰ Teil III. A. III. 1.

auszugestalten, dass die strukturelle Machtposition der Anbieter begrenzt und die angemessene Verwirklichung der Grundrechte von Nutzern, insbesondere ihrer Meinungs- und Informationsfreiheit, sichergestellt wird. Ein wichtiges Instrument zu diesem Zweck stellt Art. 14 Abs. 4 DSA dar, der den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und die Grundrechte der Nutzer ausdrücklich als Beschränkungen der zivilrechtlichen Befugnisse der Anbieter gegenüber ihren Nutzern festschreibt. Dieser angestrebte Interessenausgleich wird jedoch durch die Löschpflichten des NetzDG konterkariert, da diese den Anbieter gerade dazu anreizen, die Meinungsfreiheit der Nutzer im Zweifel hintenan zu stellen, um das ökonomische Risiko eines hohen Bußgeldes zu vermeiden. Durch national begrenzte Löschpflichten würden damit das angestrebte einheitliche Schutzniveau für die Grundrechte aller Unionsbürger unterlaufen.

cc) Konflikt mit intendierter Vollharmonisierung

Ein indirekter Konflikt zwischen NetzDG und DSA könnte sich auch ergeben, wenn die Löschpflichten des NetzDG im Widerspruch zu den Zielen der Rechtsangleichung stehen. Dabei ist von Bedeutung, ob die Kommission mit dem DSA eine Vollharmonisierung der geregelten Rechtsmaterie anstrebt, oder ob den Mitgliedstaaten die Möglichkeit verbleiben soll, in Teilbereichen zusätzliche oder weitergehende Regeln aufzustellen. Ob eine solche Vollharmonisierung beabsichtigt ist, ist durch Auslegung des jeweiligen Rechtsaktes nach den gewöhnlichen Methoden zu ermitteln.⁶³¹

Der DSA enthält zwar keine ausdrückliche Regelung zur Reichweite seiner Harmonisierungswirkung. Für eine Vollharmonisierung spricht jedoch bereits in formaler Hinsicht die Wahl der Rechtsform: die unmittelbar geltende und vollumfänglich verbindliche Verordnung lässt in der Regel keinen Spielraum für abweichende Regelungen durch die Mitgliedstaaten.⁶³² Der DSA sieht dabei auch keine Öffnungs- bzw. Schutzklauseln vor, die eindeutig eine Befugnis zur Abweichung begründen würden. Die Vorschriften der Art. 12 – 15 ECRL, die durch Art. 4 ff. DSA unverändert übernommen werden sollen, werden ebenfalls als vollharmonisierend eingestuft.⁶³³

Auch die Gesetzesbegründung der Kommission legt nahe, dass der DSA eine Sperrwirkung für abweichende Vorschriften entfalten soll⁶³⁴: Das erklärte Ziel der Verordnung ist die Beseitigung von Hindernissen für die Entwicklung grenzüberschreitender digitaler Dienste im Interesse der Binnenmarktharmonisierung gem. Art. 114 AEUV.⁶³⁵ Als Hindernis für den Binnenmarkt wird dabei immer wieder die drohende Fragmentierung von nationalen Rechtsvorschriften bei der Regulierung von Internetdiensten ausgemacht, wobei ausdrücklich die Beispiele der „Entfernung rechtswidriger

⁶³¹ Calliess/Ruffert/Korte, Art. 114 AEUV, Rn 29.

⁶³² Grünwald/Nüßing, MMR 2021, 283, 286.

⁶³³ BGH v. 04.07.2013 - I ZR 39/12, Rn. 19; Spindler, ZUM 2017, 473, 479; Wimmers/Heymann, AfP 2017, 93, 95.

⁶³⁴ Vgl. Grünwald/Nüßing, MMR 2021, 283, 286 f.

⁶³⁵ COM (2020) 825 final, S. 5 f.

Online-Inhalte, Sorgfaltspflichten, Melde- und Abhilfepflichten und Transparenz“ aufgeführt werden.⁶³⁶ Angestrebt wird dabei „der gleichmäßige Schutz aller Unionsbürger, indem sichergestellt wird, dass Maßnahmen gegen rechtswidrige Inhalte durch Anbieter von Vermittlungsdiensten konsistent sind, unabhängig vom Ort ihrer Niederlassung“.⁶³⁷ Das zentrale Anliegen der Harmonisierungsmaßnahme ist es also, einen unionsweit einheitlichen Umgang mit rechtswidrigen Inhalten im digitalen Raum sicherzustellen und einen nationalstaatlichen Rechtspluralismus in diesem Bereich zu verhindern. Aus diesem Grund sieht der DSA auch ein unionsweit einheitliches Aufsichtsregime nach Art. 49 ff. DSA vor.

Gemessen an diesen erklärten Zielen des DSA spricht vieles dafür, eine Vollharmonisierung anzunehmen und die Möglichkeit der weiteren Anwendung von abweichenden oder weitergehenden nationalen Vorschriften zu verneinen.⁶³⁸ Das gilt insbesondere für die Löschpflichten des NetzDG. Sollten einzelne Staaten solche Löschpflichten zusätzlich zum Regelungskonzept des DSA vorsehen, würde wiederum eine Zersplitterung der Rechtsmaterie eintreten, da dann in einigen Staaten zusätzlich zum zivilrechtlichen Haftungsrisiko der Anbieter ein öffentlich-rechtliches Haftungsrisiko entstehen würde, welches sich auch auf das Löschverhalten der Anbieter auswirken würde. Das würde dazu führen, dass die potentiellen Compliance-Kosten in diesen Mitgliedstaaten höher wären als in anderen, was durch den DSA aber gerade verhindert werden soll. Außerdem würden solche nationalen Löschpflichten, die auch für ausländische Anbieter gelten, das einheitliche Aufsichtsregime des DSA stören, da durch sie das Herkunftslandprinzip des Art. 56 Abs. 1 DSA unterlaufen würde.

Insgesamt ist daher von einer Vollharmonisierung durch den DSA auszugehen, die im Widerspruch zum Erlass von öffentlich-rechtlichen Löschpflichten durch einzelne Mitgliedstaaten steht.

c) Ergebnis

Im Ergebnis sprechen mehrere Gründe dafür, dass durch ein Inkrafttreten des DSA in seiner derzeitigen Form die umstrittenen Löschpflichten des NetzDG unanwendbar würden. Die starren Fristen des NetzDG verstoßen gegen Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL, der durch Art. 6 Abs. 1 lit. b) DSA unverändert übernommen wird. Der durch die Löschpflichten begründete Anreiz zum „Overblocking“ widerspricht ferner dem durch Art. 14 Abs. 4 DSA angestrebten Interessenausgleich. Zudem steht die vollharmonisierende Wirkung des DSA einer abweichenden Regelung von weitergehenden öffentlich-rechtlichen Löschpflichten, die ein zusätzliches

⁶³⁶ COM (2020) 825 final, S. 6.

⁶³⁷ COM (2020) 825 final, S. 6.

⁶³⁸ Ebenso *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283, 287; in Richtung Vollharmonisierung auch *Kühling* ZUM 2021, 461, 469.

Haftungsrisiko begründen würden, entgegen. Auch im Bereich von Video-Sharing-Plattformen ist deshalb keine Abweichung nach Art. 28b Abs. 6 AVMD-RL möglich.

3. Fazit

Die Gegenüberstellung von NetzDG und DSA zeigt, dass der DSA praktisch alle im NetzDG vorgesehenen Pflichten für Intermediäre übernimmt und fast durchgehend strenger und detaillierter ausgestaltet, mit Ausnahme der umstrittenen öffentlich-rechtlichen Löschpflichten. Sobald der DSA Geltung erlangt, werden deshalb praktisch alle Vorschriften des NetzDG unanwendbar. Das gilt auch für die Löschpflichten, da der DSA eine Vollharmonisierung der Rechtsmaterie anstrebt und derartige Pflichten nicht im Regulierungskonzept der Verordnung enthalten sind und im Widerspruch zu Vorschriften des DSA stehen würden. Im Ergebnis lässt sich also feststellen, dass das NetzDG mit Geltungsbeginn des DSA voraussichtlich durch die neuen europäischen Vorschriften abgelöst wird.

III. Vergleich mit deutschem Zivilrecht

1. Begründung vertraglicher Pflichten durch Vorschriften des DSA?

Die Regelungen im DSA lassen zunächst offen, inwieweit die neuen Vorschriften lediglich öffentlich-rechtliche Pflichten begründen oder darüber hinaus auch eine Konkretisierung der vertraglichen Pflichten zwischen Anbieter und Nutzer beinhalten sollen.⁶³⁹ Es ist deshalb grundsätzlich durch Auslegung der jeweiligen Normen zu bestimmen, inwiefern durch sie nicht nur objektive Verhaltenspflichten sondern auch subjektiv-individuelle Rechtspositionen der Vertragsparteien begründet werden sollen. Diese Auslegung wurde jedoch mit der Überarbeitung des Gesetzestextes durch das Europaparlament deutlich erleichtert. In Art. 54 DSA ist nunmehr vorgesehen, dass Nutzer Schadensersatz von den Anbietern von Vermittlungsdiensten fordern können, wenn diese ihre Pflichten aus der Verordnung verletzen. Damit ist klargestellt, dass die Pflichten der Anbieter im DSA nicht nur zu einer öffentlich-rechtlichen Haftung führen sollen, sondern auch die Nutzer einen individuellen Rechtsanspruch auf Einhaltung der Pflichten geltend machen können. Im Folgenden werden kurz die wesentlichen Vertragspflichten, welche die Nutzer aus den Vorschriften des DSA ableiten können, beschrieben und anschließend mit dem geltenden deutschen Zivilrecht verglichen.

An den Voraussetzungen der Störerhaftung des Anbieters für einen rechtswidrigen Inhalt auf seiner Plattform⁶⁴⁰ haben die Vorschriften des DSA nichts geändert. Die Haftungsprivilegierungen

⁶³⁹ Hierzu *Spindler*, GRUR 2021, 653.

⁶⁴⁰ S. hierzu BGH, EuGH-Vorlage v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, Rn. 49; *Wagner*, GRUR 2020, 329, 333 ff.

in Art. 3 – 5 DSA wurden unverändert aus der ECRL übernommen und es wurde darauf verzichtet, ausdrückliche Löschpflichten für rechtswidrige Inhalte zu normieren. Im Gegenteil wurde die Haftungsprivilegierung der Anbieter durch die Normierung des „Guter Samariter-Privilegs“ in Art. 7 DSA und den ausdrücklichen Ausschluss allgemeiner Prüfpflichten gem. Art. 8 DSA sogar noch gestärkt. Die Verpflichtung des Anbieters zum Löschen von Inhalten, die die Rechte eines Nutzers verletzen, ergeben sich also weiterhin aus den allgemeinen nationalen Gesetzen (zum Beispiel §§ 823, 1004 BGB) und werden durch den DSA nicht neu ausgestaltet.

Eine eindeutige Konkretisierung der vertraglichen Nebenpflichten des Providers enthält Art. 14 Abs. 4 DSA, der den Anbieter zur Berücksichtigung der berechtigten Interessen der Nutzer, inklusive seiner Grundrechte im Sinne der GRCh, bei der Durchsetzung seiner Nutzungsbedingungen verpflichtet. Dem Anbieter werden für die Ausübung seiner Rechte im Vertragsverhältnis Schranken gesetzt, die zu einer Stärkung der subjektiven Rechtsposition des Nutzers führen. Daraus folgt, dass der Nutzer eine Verletzung seiner Grundrechte auch im Rahmen einer Wiederherstellungsklage gegen den Anbieter geltend machen kann.

Auch die Pflicht zur Einrichtung eines Meldeverfahrens nach Art. 16 DSA kommt als zivilrechtliche Pflicht des Anbieters gegenüber seinen Nutzern in Betracht. Der Anbieter ist grundsätzlich gem. § 241 Abs. 2 BGB zur Rücksicht auf die Rechte und Interessen seiner Nutzer verpflichtet ist und das Verfahren nach Art. 16 DSA stellt ein wichtiges Instrument zum effektiven Vorgehen gegen rechtsverletzende Inhalte auf der Plattform dar. Die Verletzung dieser Pflicht kann zum Beispiel dazu führen, dass ein Nutzer nicht schnell und effektiv gegen Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch andere Nutzer vorgehen kann und dadurch einen Schaden erleidet.

Auch die Begründungspflicht des Art. 17 DSA dient vorrangig dem subjektiven Interesse des betroffenen Nutzers daran, die Gründe für den Eingriff in seine Inhalte nachvollziehen und gegebenenfalls angemessene rechtliche Schritte zur Verteidigung seiner Rechtsposition einleiten zu können⁶⁴¹. Selbst im Falle einer berechtigten Löschung hat der Nutzer ein Interesse daran, die Gründe für die Maßnahme zu erfahren, um sein Verhalten künftig anpassen und weitere Löschungen vermeiden zu können. Ein besonderes Gewicht kommt dabei der Pflicht zur Belehrung über Rechtsschutzmöglichkeiten nach Art. 17 Abs. 3 lit. f) DSA zu, die in ErwG 54 DSA ausdrücklich als Bedingung für die effektive Ausübung des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung angesehen wird. Führt die Verletzung dieser Pflicht dazu, dass der Nutzer eine ihm zustehenden Rechtsschutzmöglichkeit nicht erkennt, können Schäden beispielsweise in Form von Kosten für eine anderweitige Rechtsberatung entstehen

Hinsichtlich der Beschwerdemöglichkeit gem. Art. 20 DSA und des Schlichtungsverfahrens gem. Art. 21 DSA sind individuelle Erfüllungsansprüche des Nutzers ebenfalls zu bejahen. Natürlich würde eine selbständige Durchsetzung dieser Nebenpflichten regelmäßig keinen Sinn

⁶⁴¹ Vgl. *Spindler*, GRUR 2021, 545, 553.

machen, da auch unabhängig hiervon auf Wiederherstellung geklagt werden kann. Verletzt der Anbieter jedoch seine vertraglichen Pflichten, indem er zum Beispiel eine Beschwerde nach Art. 20 DSA ignoriert oder sich weigert, mit einer bestimmten Schlichtungsstelle zu kooperieren, so können dadurch Schadenersatzansprüche des Nutzers entstehen, wenn beispielsweise so die Verwirklichung von bestehenden Ansprüchen verzögert wird.⁶⁴²

Fraglich ist, ob sich aus Art. 23 Abs. 1 DSA eine Pflicht zur vorherigen Warnung eines Nutzers vor der Suspendierung seines Kontos ableiten lässt.⁶⁴³ Die Norm lässt zwar darauf schließen, dass eine Suspendierung nur nach vorheriger Warnung zulässig sein soll, doch gibt ErwG 63 DSA den Anbietern auch grundsätzlich die Möglichkeit, schärfere Regeln in ihren Nutzungsbedingungen vorzusehen. Denkbar wäre also eine abdingbare Nebenpflicht des Anbieters. Bei einer Verletzung dieser Pflicht käme unter Umständen ein Anspruch auf Freischaltung des Kontos in Betracht, wenn der Nutzer darlegen könnte, dass er bei einer vorherigen Warnung sein missbräuchliches Verhalten eingestellt hätte und es deshalb nicht zu einer Suspendierung gekommen wäre (vgl. das Abmahnerfordernis bei Kündigungen im Mietrecht, § 543 Abs. 3 BGB). Eine deutliche Vorgabe für die Entscheidungsfindung des Anbieters enthält daneben Art. 23 Abs. 2 DSA, der die tatsächlichen Umstände konkretisiert, die bei der Entscheidung über die Suspendierung in Betracht gezogen werden sollen. Anhand dieser Kriterien wäre auch bei einem zivilrechtlichen Streit über die Rechtmäßigkeit der Suspendierung zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des Art. 23 Abs. 1 DSA tatsächlich vorlagen und der Nutzer könnte sich gegebenenfalls verteidigen, indem er die Missachtung bestimmter Umstände, die zu seinen Gunsten sprechen, darlegt.

2. Vergleich mit nationalem Recht

a) Art. 14 Abs. 4 DSA

Dem Rücksichtnahmegebot des Art. 14 Abs. 4 DSA entspricht im deutschen Recht die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im Zivilrecht. Über die Generalklauseln der §§ 241 Abs. 2, 307 Abs. 1 BGB finden die Wertungen der Grundrechte auch Einzug in den Interessenausgleich im Vertragsverhältnis, mit der Folge, dass sowohl bei der Gestaltung als auch bei der Anwendung von Nutzungsbedingungen eine Abwägung im Sinne „praktischer Konkordanz“ zwischen den Grundrechten der Nutzer, insbesondere deren Meinungsfreiheit, und den berechtigten Interessen des Anbieters vorzunehmen ist.⁶⁴⁴ Art. 14 Abs. 4 DSA hat insofern einen engeren Anwendungsbereich, da er nur die Anwendung und Durchsetzung der Nutzungsbedingungen, nicht aber deren Gestaltung betrifft.⁶⁴⁵

⁶⁴² *Spindler*, GRUR 2021, 653, 654.

⁶⁴³ Vgl. *Spindler*, GRUR 2021, 653, 656, der zivilrechtliche Pflichten aus Art. 23 DSA bejaht, ohne jedoch ihren Inhalt zu spezifizieren.

⁶⁴⁴ Teil II. A. II.

⁶⁴⁵ Bemerkung von *Peukert* in *Richter/Straub/Tuchtfeld*, To Break Up or Regulate Big Tech?, 2021, S. 23.

Ein weiterer Unterschied besteht darin, dass Art. 14 Abs. 4 DSA grundsätzlich für sämtliche Anbieter von digitalen Vermittlungsdiensten gilt, unabhängig von der Art ihres Angebots oder ihren Nutzerzahlen.⁶⁴⁶ Im deutschen Recht wurde die mittelbare Drittwirkung bislang nur im Zusammenhang mit den großen sozialen Netzwerken wie Facebook, Twitter und YouTube diskutiert und das BVerfG hat in seinen richtungsweisenden Entscheidungen immer wieder betont, dass das Maß der Grundrechtsbindung davon abhängt, ob die Anbieter Räume der öffentlichen Kommunikation eröffnen, deren Nutzung für den Einzelnen in besonderem Maße über die Teilnahme am öffentlichem Leben entscheidet.⁶⁴⁷ Das bedeutet jedoch nicht, dass bei kleineren Anbietern eine Einbeziehung der Nutzerinteressen in die Abwägung von vornherein ausscheidet, sondern lediglich, dass den Eigeninteressen der Anbieter umso mehr Gewicht zukommen kann desto weniger ein Nutzer von der konkreten Plattform abhängig ist. Auch die Interessenabwägung nach Art. 14 Abs. 4 DSA lässt Raum für eine Berücksichtigung des konkreten Abhängigkeitsverhältnisses zwischen Anbieter und Nutzer, sodass sich im Ergebnis kein wesentlicher Unterschied zum deutschen Recht ergeben dürfte.

Ein Unterschied besteht jedoch in dem Anknüpfungspunkt für die Interessenabwägung. Während im deutschen Recht nur die Grundrechte des deutschen GG Berücksichtigung finden, bezieht sich Art. 14 Abs. 4 DSA auf die Grundrechte der europäischen GRCh. Nach der jüngsten Rspr. des BVerfG zum Verhältnis der Grundrechte des GG und der GRCh besteht die Vermutung, dass durch eine Prüfung am Maßstab des GG auch das Schutzniveau der GRCh, wie sie vom EuGH ausgelegt wird, in der Regel mitgewährleistet ist, da beide Grundrechtskataloge in einer gemeinsamen europäischen Grundrechtstradition wurzeln und heute auch durch die EMRK einen gemeinsamen Anknüpfungspunkt der Auslegung besitzen (vgl. Art. 53 Abs. 3, 4, Art. 54 GRCh).⁶⁴⁸ Solange also keine konkreten Anhaltspunkte für ein höheres Schutzniveau der GRCh im Einzelfall vorliegen, können die deutschen Gerichte grundsätzlich von einer Gleichwertigkeit des Grundrechtsschutzes im Verhältnis von GG und GRCh ausgehen.⁶⁴⁹ Bei der Interessenabwägung im Rahmen von § 241 Abs. 2 BGB bzw. Art. 14 Abs. 4 DSA können sich die deutschen Gerichte also weiterhin zunächst an der deutschen Grundrechtsdogmatik orientieren. Stellen sie bei der Anwendungskontrolle eine Verletzung der Grundrechte der Nutzer nach dem GG fest, ist davon auszugehen, dass auch die entsprechenden Grundrechte der GRCh i.S.v. Art. 14 Abs. 4 DSA verletzt sind.

Im Ergebnis besteht zwischen der etablierten deutschen Rspr. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte und dem neuen Rücksichtnahmegebot des Art. 14 Abs. 4 DSA also kein Konflikt. Bei der AGB-Kontrolle kommt weiterhin nur § 307 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 1 ff. GG zur Anwendung. Bei der Ausübungskontrolle können die deutschen Gerichte die Interessenabwägung zunächst

⁶⁴⁶ Zu den potentiellen finanziellen Folgen für kleine Plattformen vgl. *Peukert in Richter/Straub/Tuchtfeld, To Break Up or Regulate Big Tech?*, 2021, S. 22.

⁶⁴⁷ Teil II. A. II. 1.

⁶⁴⁸ BVerfG NJW 2020, 300, Rn. 55 ff. - „Recht auf Vergessen I“.

⁶⁴⁹ Vgl. *Honer*, JA 2021, 219, 222.

ebenfalls am Maßstab der deutschen Grundrechte vornehmen. Soweit die GRCh im Einzelfall ein höheres Schutzniveau bietet, müssen die Wertungen der GRCh über Art. 14 Abs. 4 DSA einbezogen werden. Eine solche Interessenabwägung ist grundsätzlich bei jeder Art von Vermittlungsdienst durchzuführen, wobei jedoch stets das konkrete Abhängigkeitsverhältnis zwischen Nutzer und Anbieter zu berücksichtigen ist.

b) Art. 16, 17, 20, 21 DSA

Die Pflichten des Anbieters, ein Beschwerdeverfahren zur Verfügung zu stellen, seine Entscheidungen zu begründen und Möglichkeiten der außergerichtlichen Streitbeilegung anzubieten, lassen sich im deutschen Recht am ehesten mit den Pflichten der §§ 3 ff. NetzDG vergleichen, die wohl auch Pate für die europäischen Regelungen gestanden haben.⁶⁵⁰ Grundsätzlich werden durch das NetzDG jedoch nur öffentlich-rechtliche Pflichten für Anbieter sozialer Netzwerke geregelt. Nach Kenntnis des Verfassers wird eine Konkretisierung von zivilrechtlichen Pflichten durch das NetzDG in der juristischen Literatur nicht eingehender diskutiert und war auch bislang nicht Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen. Gegen eine solche zivilrechtliche Wirkung der NetzDG-Pflichten spricht, dass das Gesetz nicht bezweckt, die individuelle vertragliche Rechtsposition von Nutzern zu stärken, sondern nur durch eine hoheitliche Regulierung der Plattformanbieter die objektive Durchsetzung des Strafrechts in den sozialen Medien fördern will.⁶⁵¹ Darin liegt auch ein Unterschied zum DSA, der zum Einen den Umgang mit rechtswidrigen Inhalten aller Art reguliert, wozu zum Beispiel auch nicht strafbare Verletzungen des Persönlichkeitsrechts gehören. Letztlich kommt es auf die zivilrechtlichen Konsequenzen des NetzDG jedoch nicht an, soweit die Vorschriften des DSA ohnehin weitergehende Pflichten vorsehen.

Die Pflicht zur Bereitstellung eines Meldeverfahrens nach Art. 16 Abs. 1 DSA geht jedenfalls über § 3 Abs. 1 NetzDG hinaus, da der DSA hier strengere Vorgaben macht.⁶⁵² Eine Pflicht zur Begründung von Entscheidungen und zur Belehrung über die außergerichtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten nach §§ 3b, 3c NetzDG sieht auch § 3 Abs. 2 Nr. 5 NetzDG vor. Unabhängig hiervon wurde eine unabdingbare vertragliche Nebenpflicht zur Begründung von Löschentscheidungen oder Kontosperrungen auch in der Rspr.⁶⁵³ und juristischen Literatur⁶⁵⁴ bejaht. Weder im NetzDG noch in der Rspr. oder Literatur wurde jedoch bislang eine so umfassende „Rechtsbehelfsbelehrung“, die auch gerichtliche Rechtsbehelfe umfasst, gefordert, wie sie Art. 17 Abs. 3 lit. f) DSA vorsieht. Auch die weiteren Bestandteile der Begründung nach Art. 17 Abs. 3 DSA stellen eine deutliche Konkretisierung im Vergleich zu den bisher eher

⁶⁵⁰ Teil III. B. II. 1.

⁶⁵¹ Vgl. BT-Drs. 18/12356, S. 1 f.

⁶⁵² Teil III. B. II. 1.

⁶⁵³ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 87; BVerfGE 148, 267, Rn. 46 f. - „Stadionverbot“.

⁶⁵⁴ Holznagel, CR 2019, 518, 522.

generalisierenden Überlegungen zum deutschen Recht dar. Auch durch Art. 17 DSA werden also die zivilrechtlichen Rechte von Nutzern im Vergleich zum deutschen Recht gestärkt und konkretisiert.

Bei den Verfahren der außergerichtlichen Streitbeilegung nach Art. 20, 21 DSA liegt ebenfalls der Vergleich zu §§ 3b, 3c NetzDG nahe. Hier zeigt sich jedoch wiederum, dass der DSA den betroffenen Nutzern deutlich mehr Rechte einräumt, als bisher im deutschen Recht vorgesehen waren.⁶⁵⁵ Das gilt insbesondere für das Schlichtungsverfahren nach Art. 21 DSA, welches im Gegensatz zu § 3c NetzDG ohne vorherige Gegenvorstellung möglich ist und den Anbieter zumindest zur Teilnahme am Streitbeilegungsverfahren verpflichtet.

c) Art. 23 DSA

Soweit man aus Art. 23 Abs. 1 DSA eine Pflicht zur Warnung vor einer Konto-Suspendierung ableitet, lässt sich eine entsprechende Pflicht auch aus der Rspr. des BVerfG und aus den allgemeinen Erwägungen im Rahmen von § 241 Abs. 2 BGB herleiten.⁶⁵⁶ Da eine solche Pflicht nach dem DSA wohl abdingbar sein dürfte, scheint das deutsche Recht in diesem Fall sogar weiter zu gehen, da das BVerfG das Abmahnerfordernis in der „Stadionverbot“-Entscheidung aus allgemeinen verfassungsrechtlichen Erwägungen ableitet und der BGH diese Frage im Rahmen von § 307 Abs. 1 S. 1 BGB erörtert. Dadurch entsteht jedoch kein Konflikt mit der Regelung des DSA, da dort nicht explizit vorgesehen ist, dass die Anbieter auch nach dem nationalen Recht die Möglichkeit haben müssen, strengere Voraussetzungen für Suspendierungen vorzusehen.

Auch die Konkretisierung der tatsächlichen Umstände, die nach Art. 23 Abs. 2 DSA bei der Entscheidung über eine Suspendierung berücksichtigt werden sollen, findet Widerhall im deutschen Recht. So wurde in der Rspr. der Instanzgerichte beispielsweise entschieden, dass bei der Entscheidung über die Löschung von Meinungsäußerungen die jeweiligen Äußerungen stets im Einzelfall in ihrem Gesamtzusammenhang und aus der Sicht eines unvoreingenommenen und verständlichen Durchschnittsrezipienten zu beurteilen sind.⁶⁵⁷ Im Zweifel sind Meinungsäußerungen zugunsten ihrer Zulässigkeit auszulegen.⁶⁵⁸ Demgegenüber betrifft Art. 23 Abs. 2 DSA zwar nur die Fälle von Konto-Suspendierungen und nicht die Löschung einzelner Inhalte; die Norm konkretisiert jedoch die maßgeblichen Entscheidungskriterien in diesen Fällen ausführlicher und differenzierter als das bislang in der deutschen Rspr. geschehen ist.

⁶⁵⁵ Teil III. B. II. 1.

⁶⁵⁶ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 87; BVerfGE 148, 267, Rn. 46 f. - „Stadionverbot“; *Holznapel*, CR 2019, 518, 522.

⁶⁵⁷ OLG München v. 07.01.2020 – 18 U 1491/19, Rn. 126; OLG Stuttgart v. 06.09.2018 – 4 W 63/18, Rn. 69 f.

⁶⁵⁸ *Holznapel*, CR 2019, 518, 522.

3. Fazit

Durch die Vorschriften des DSA werden teilweise auch die zivilrechtlichen Pflichten der Anbieter gegenüber ihren Nutzern konkretisiert, insbesondere durch die Art. 14 Abs. 4, 16 Abs. 1, 17, 20, 21, 23 DSA. Der Vergleich dieser Vorschriften mit dem deutschen Recht zeigt, dass das Schutzniveau des DSA nicht hinter dem deutschen Recht zurückbleibt und teilweise sogar weiterreichende Rechte der Nutzer vorsieht. Hervorzuheben sind dabei die Pflicht zur „Rechtsbehelfsbelehrung“ nach Art. 17 Abs. 3 lit. f) DSA und das Streitbeilegungsverfahren nach Art. 21 DSA. Insgesamt führt der DSA somit zu einer spürbaren Stärkung der zivilrechtlichen Rechtsposition von Nutzern gegenüber den Diensteanbietern.

IV. Vergleich mit MStV

Auch die Pflichten für Medienintermediäre, die im deutschen Landesrecht durch den MStV geregelt wurden, finden Widerhall in den Vorschriften des DSA. Es ist somit auch hier ein Vergleich zwischen den entsprechenden Regelungen zu ziehen und festzustellen, inwieweit dem DSA möglicherweise ein Anwendungsvorrang im Verhältnis zum MStV zukommen wird.

1. Vergleich der Pflichten für Intermediäre

a) Transparenzgebot

Ein wichtiger Bestandteil der Intermediärsregulierung im MStV ist das Transparenzgebot des § 93 MStV.⁶⁵⁹ Auch im DSA werden Transparenzpflichten für Anbieter digitaler Dienste geregelt, wobei dem Transparenzgebot des § 93 MStV im Wesentlichen die Vorschriften der Art. 14 Abs. 1, 27 DSA⁶⁶⁰ entsprechen.

Nach § 93 Abs. 1 Nr. 1 MStV hat der Intermediär die „Kriterien, die über den Zugang eines Inhalts zu einem Medienintermediär und über den Verbleib entscheiden“ zu veröffentlichen und „leicht wahrnehmbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten“. Diese Pflicht betrifft noch nicht die algorithmusgesteuerten Selektionsmechanismen, sondern bezieht sich auf die generelle Zulässigkeit bestimmter Inhalte auf der jeweiligen Plattform. Ihr entspricht im Wesentlichen Art. 14 Abs. 1 DSA, wonach der Anbieter in seinen Nutzungsbedingungen über sämtliche Beschränkungen von nutzergenerierten Inhalten auf der jeweiligen Plattform zu informieren hat. Inhaltlich geht es also ebenso um die Kriterien, nach denen bestimmte Inhalte auf der jeweiligen Plattform zugelassen werden bzw. wieder entfernt werden können. Auch in formaler

⁶⁵⁹ Teil II. A. III. 3. b).

⁶⁶⁰ Teil II. B. I. 2) d) bb).

Hinsicht schreibt Art. 14 Abs. 1 DSA die Information in klarer und eindeutiger Sprache, sowie ihre leichte öffentliche Zugänglichkeit vor. Auch wenn sich die Norm eines etwas anderen Sprachgebrauchs als § 93 Abs. 1 Nr. 1 MStV bedient, dürften sich gemessen am Sinn und Zweck der Vorschriften keine wesentlichen Unterschiede bei der Anwendung ergeben.

§ 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV betrifft die Veröffentlichung der „zentralen Kriterien einer Aggregation, Selektion und Präsentation von Inhalten und ihre[r] Gewichtung einschließlich Informationen über die Funktionsweise der eingesetzten Algorithmen“. Dem entspricht Art. 27 DSA, der allerdings nur von „Empfehlungssystemen“ spricht. ErwG 70 DSA macht jedoch klar, dass damit die algorithmisch-personalisierte Auswahl, Priorisierung und Präsentation von Informationen gemeint ist, die auch Gegenstand von § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV sind. Zu veröffentlichen sind auch hier die „wichtigsten Parameter“, was sinngemäß den „zentralen Kriterien“ des MStV entspricht. In formaler Hinsicht ist ebenfalls die Klarheit und leichte Verständlichkeit vorgeschrieben. Art. 27 Abs. 2 DSA geht jedoch in der Konkretisierung der Transparenzpflicht einen Schritt weiter, da hier ausdrücklich bestimmt wird, was im Rahmen der „wichtigsten Parameter“ zu erläutern ist, nämlich die Kriterien für die Auswahl der vorgeschlagenen Informationen und die Gründe für die relative Bedeutung dieser Kriterien.

Art. 27 Abs. 3 DSA geht zudem auch dezidiert auf die Möglichkeiten der Nutzer zur Wahl verschiedener Optionen bei den Empfehlungssystemen ein, was in § 93 MStV keine Entsprechung findet. Bei sehr großen Online-Plattformen schreibt Art. 38 DSA außerdem vor, dass mindestens eine Option zur Verfügung stehen muss, die nicht auf „Profiling“ im Sinne von Art. 4 Abs. 4 DSGVO beruht. Es muss also möglich sein, die Empfehlungen so zu gestalten, dass sie nicht auf den automatisch gesammelten Infos zur Persönlichkeit des Nutzers (zum Beispiel Einkommen, Gesundheit, persönliche Vorlieben, Interessen, etc.) beruhen. Darin liegt ein erheblicher Unterschied zum deutschen Recht, da den Intermediären dort, mit Ausnahme des Diskriminierungsverbots, keine Vorschriften über die konkrete Ausgestaltung ihrer Selektionslogiken gemacht werden.

Im Gegenzug schreibt § 93 Abs. 2, 4 MStV vor, dass auch thematische Spezialisierungen durch die Gestaltung des Angebots wahrnehmbar zu machen sind und automatisch erstellte Inhalte („Social Bots“) gekennzeichnet werden müssen, was wiederum im DSA keinen Widerhall findet.

Waren im ursprünglichen Kommissionsentwurf noch lediglich die sehr großen Online-Plattformen zur Transparenz hinsichtlich ihrer algorithmischen Empfehlungssysteme verpflichtet, so wurden diese Transparenzpflichten nun auf alle Online-Plattformen erweitert. Art. 27 DSA enthält auch keine Ausnahme für kleine oder Kleinstunternehmen, sodass jeder Plattformanbieter, der Empfehlungssysteme einsetzt, unabhängig von seiner Nutzerzahl zur Transparenz verpflichtet ist. Im deutschen Recht gelten die Transparenzpflichten des MStV nach § 91 Abs. 2 MStV nur für Medienintermediäre mit mindestens einer Million aktiver Nutzer in Deutschland. Im Vergleich zum deutschen Recht war der Anwendungsbereich der europäischen Vorschriften also im

Kommissionsentwurf noch deutlich enger (nur sehr große Intermediäre), während er nun sogar noch weiter ist (alle Plattformen, unabhängig von Nutzerzahlen).

Im Ergebnis decken sich die Transparenzpflichten des § 93 MStV mit den Art. 27, 38 DSA zwar hinsichtlich ihres wesentlichen Pflichtgehalts. Die europäischen Vorschriften sind jedoch hinsichtlich der „wichtigsten Parameter“ konkreter und unterschieden sich vor allem in ihrem Fokus auf die Auswahloptionen, die den Nutzern zur Verfügung stehen müssen. Außerdem haben sie nun auch einen weiteren Anwendungsbereich als § 91 Abs. 2 MStV. Bei der Kennzeichnung von „Social Bots“ geht der MStV jedoch weiter als der DSA.

b) Diskriminierungsverbot

Das Verbot der Diskriminierung von Anbietern journalistisch-redaktioneller Inhalte gem. § 94 MStV⁶⁶¹ findet im DSA keine direkte Entsprechung. Eine Privilegierung journalistisch-redaktioneller Inhalte ist in der Verordnung an keiner Stelle vorgesehen und der Begriff der Diskriminierung wird zumindest nicht ausdrücklich gebraucht. Nichtsdestotrotz lassen sich inhaltliche Parallelen zu den europäischen Vorschriften ziehen.

Die Diskriminierung i.S.v. § 94 Abs. 2 MStV umfasst zwei Alternativen: das systematische Abweichen von den eigenen Kriterien i.S.v § 93 Abs. 1 – 3 MStV (Alt. 1) und die unbillige Behinderung bestimmter Angebote durch diese Kriterien (Alt. 2).⁶⁶²

Anknüpfungspunkt für die Diskriminierung sind also zum Einen die vom Anbieter in seinen Nutzungsbedingungen aufgestellten Zugangskriterien gem. § 93 Abs. 1 Nr. 1 MStV, die auch in Art. 14 Abs. 1 DSA Erwähnung finden. Nach Art. 14 Abs. 4 DSA sind alle Anbieter verpflichtet, bei der Anwendung dieser Kriterien in objektiver, sorgfältiger und verhältnismäßiger Weise zu entscheiden und die Grundrechte der beteiligten Parteien angemessen zu berücksichtigen. Sollte ein Anbieter also bewusst und ohne sachlich gerechtfertigten Grund zulasten eines bestimmten Nutzers von seinen Nutzungsbedingungen abweichen, so würde diese Entscheidung den Grundsatz der Objektivität und Verhältnismäßigkeit verletzen und damit regelmäßig auch einen unangemessenen Eingriff in die Kommunikationsgrundrechte des Nutzers darstellen. In dieser Variante führt eine Anwendung von Art. 14 Abs. 4 DSA also zum selben materiellen Verbot wie die Vorschrift des § 94 Abs. 2 Alt. 1 MStV.

Art. 14 Abs. 4 DSA bezieht sich jedoch nach seinem Wortlaut nur auf die „Anwendung und Durchsetzung“ der Nutzungsbedingungen und nicht auf ihre Gestaltung. Der DSA sieht damit keine umfassende Pflicht zur Inhaltskontrolle von Nutzungsbedingungen vor. § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV geht in dieser Hinsicht einen Schritt weiter, da hier eine öffentlich-rechtliche Pflicht begründet wird, schon bei der Gestaltung der Nutzungsbedingungen die unbillige Behinderung einzelner

⁶⁶¹ Teil II. A. III. 3. c).

⁶⁶² Teil II. A. III. 3. c) bb).

meinungsbildungsrelevanter Inhalte zu vermeiden. Damit tritt neben die zivilrechtliche AGB-Kontrolle gem. §§ 307 ff. BGB auch ein öffentlich-rechtliches Gleichbehandlungsgebot bzgl. journalistisch-redaktioneller Inhalte, das durch hoheitliche Maßnahmen und Bußgelder durchgesetzt werden kann. Insoweit sehen die Vorschriften des MStV also strengere Rechtsfolgen als der DSA vor.

Zum Anderen bezieht sich das Diskriminierungsverbot des § 94 MStV auch auf die Kriterien der algorithmischen Selektion i.S.v. § 93 Abs. 1 Nr. 2 MStV. Auch diese Kriterien müssen vom Anbieter diskriminierungsfrei angewendet werden und dürfen bestimmte Angebote nicht unbillig behindern. Diese Selektionsmechanismen werden ausdrücklich in Art. 27 DSA angesprochen, wo aber lediglich Transparenzpflichten normiert werden. Eine vergleichbare Vorschrift zur diskriminierungsfreien Gestaltung und Anwendung der algorithmischen Empfehlungssysteme enthält der DSA nicht. Auch die Vorschrift des Art. 14 Abs. 4 DSA lässt sich nicht dahingehend interpretieren, dass sie auch die Anwendung dieser Selektionsmechanismen betrifft, da sich der Wortlaut eindeutig nur auf die Nutzungsbedingungen im Sinne von Art. 14 Abs. 1 DSA bezieht. Zudem beschränkt sich der Anwendungsbereich von Art. 27 DSA auf Online-Plattformen, während Art. 14 Abs. 4 DSA für alle Arten von Anbietern digitaler Vermittlungsdienste gilt.

Insgesamt lässt sich also feststellen, dass sich das Diskriminierungsverbot des § 94 MStV nur teilweise mit den Vorschriften des DSA deckt. Die diskriminierungsfreie Anwendung der plattformeigenen Nutzungsbedingungen wird zwar auch durch Art. 14 DSA garantiert. Im Übrigen macht der DSA jedoch keine eindeutigen Vorgaben für die Gestaltung dieser Nutzungsbedingungen und sieht kein Diskriminierungsverbot im Zusammenhang mit algorithmischen Empfehlungssystemen vor.

2. Anwendungsvorrang des DSA?

Zu den allgemeinen Voraussetzungen des unionsrechtlichen Anwendungsvorrangs gilt das oben beim Vergleich zwischen DSA und NetzDG Gesagte entsprechend.⁶⁶³ Ein Konflikt zwischen den §§ 93, 94 MStV und den Vorschriften des DSA könnte hier bestehen, soweit die §§ 93, 94 MStV weitergehende Pflichten als das Unionsrecht vorsehen. Im Bereich der Transparenzpflichten betrifft das nur noch die Pflicht zur Kennzeichnung von „Social Bots“, da der Anwendungsbereich der europäischen Vorschriften inzwischen weiter ist. Im Rahmen des Diskriminierungsverbots geht es um die Variante der unbilligen Behinderung durch die Nutzungsbedingungen und um die Diskriminierung durch algorithmische Selektionsmechanismen. Auch an dieser Stelle ist zu beachten, dass die Union durch den DSA eine Vollharmonisierung der geregelten Rechtsmaterie

⁶⁶³ Teil III. B. II. 2. a).

anstrebt und in der Verordnung keine Öffnungs- bzw. Schutzklauseln vorgesehen sind, durch die abweichende nationale Vorschriften ausdrücklich zugelassen würden.⁶⁶⁴

Die Transparenzpflichten werden durch Art. 27, 38 DSA konkreter und mit einem weiteren Anwendungsbereich ausgestaltet als in § 93 Abs. 1 MStV. Insofern besteht zwar kein direkter Konflikt zwischen deutschem und europäischem Recht, da das deutsche Recht keine strengeren Pflichten statuiert. Der Konflikt besteht hier eher auf der Ebene der Aufsichts- und Durchsetzungsbefugnisse (hierzu sogleich). Die Pflicht zur Kennzeichnung von „Social Bots“ in § 93 Abs. 4 MStV geht jedoch über den DSA hinaus und ist damit nicht mehr anwendbar. Auch das strengere Diskriminierungsverbot des § 94 MStV würde dem angestrebten einheitlichen Regulierungssystem widersprechen. Nach der Vorstellung der Kommission soll durch die zentrale Regulierung der Online-Intermediäre ein unionsweit einheitliches Schutzniveau für die Grundrechte von Nutzern etabliert werden. Dadurch sollen auch die Compliance-Kosten für Intermediäre verringert bzw. Transparenz und Rechtssicherheit verbessert werden, da diese sich nur noch um die Befolgung eines einzigen Regelwerks kümmern müssten.⁶⁶⁵ Wenn jedoch in einzelnen Staaten zusätzliche öffentlich-rechtliche Diskriminierungsverbote bestehen, die ein entsprechendes ökonomisches Haftungsrisiko für die Intermediäre begründen, müssten die Intermediäre in diesen Staaten ihre Compliance-Bemühungen an das jeweilige nationale Recht anpassen und es wäre wieder die Gefahr einer Rechtszersplitterung gegeben.

Ein entscheidender Gesichtspunkt liegt außerdem in der Durchsetzung der nationalen Bestimmungen. Nach dem Herkunftslandprinzip des Art. 56 Abs. 1 DSA ist für die Aufsicht über die Intermediäre jeweils der KDD des Staates zuständig, in dem der Intermediär seinen Hauptsitz hat. Wenn jedoch einzelne Mitgliedstaaten zusätzliche Transparenzpflichten oder Diskriminierungsverbote vorsehen, so wären zu deren Durchsetzung die Behörden des jeweiligen Mitgliedstaates berufen, wodurch grundsätzlich das europäische Herkunftslandprinzip verletzt würde. Dagegen ließe sich zwar anführen, dass sich das Herkunftslandprinzip gem. Art. 44 Abs. 1 DSA ausdrücklich nur auf die Durchsetzung der Vorschriften in Kapiteln III und IV des DSA bezieht und es deshalb womöglich nicht einschlägig wäre, wenn nationale Gesetzeswerke weitergehende Pflichten vorsehen. Im Lichte der intendierten Vollharmonisierung dürfte dieses Argument jedoch abzulehnen sein, soweit die geregelten Sachverhalte zumindest dem Grunde nach von den Vorschriften des DSA erfasst werden. Das ist jedoch im Bereich der Transparenzpflichten (Art. 14 Abs. 1, 27, 38 DSA) und Diskriminierungsverbote (Art. 14 Abs. 4 DSA) der Fall. Es bestünde in diesen Fällen außerdem die faktische Gefahr, dass die nationalen Behörden ihre Befugnisse überschreiten und in Bereiche eingreifen, die eindeutig dem KDD des Heimatstaates zugewiesen sind; zum Beispiel könnten die deutschen Landesmedienanstalten nach §§ 104, 109 MStV grundsätzlich auch Maßnahmen gegen Verletzungen des Transparenzgebots durch große

664 Teil III. B. II. 2. b) cc).

665 Vgl. COM (2020) 825 final, S. 6.

Intermediäre wie Facebook ergreifen, wofür jedoch nach Art. 49, 56 Abs. 1 DSA ausschließlich die Kommission oder der KDD Irlands zuständig wäre.

Im Ergebnis sprechen somit überzeugende Gründe dafür, dass im Verhältnis von MStV und DSA ein Anwendungsvorrang des Unionsrechts besteht und die Bereiche der Transparenz und Diskriminierung künftig nur noch durch die europäischen Vorschriften geregelt werden sollen.

3. Sperrwirkung für nationale Vielfaltssicherung?

Das zuvor gefundene Ergebnis offenbart noch einmal das grundlegende kompetenzielle Problem der vorliegenden europäischen Verordnung: Die Vorschriften der Art. 91 ff. MStV dienen der Sicherung von Meinungsvielfalt in den neuen digitalen Medien.⁶⁶⁶ Das öffentliche Medienrecht unterliegt in Deutschland gem. Art. 30, 70 GG der Gesetzgebungskompetenz der Länder. Die Union hat selbst grundsätzlich keine Regelungskompetenz für Maßnahmen, die einer unmittelbaren publizistischen Vielfaltssicherung dienen.⁶⁶⁷ Mit dem DSA beabsichtigt die Kommission jedoch den Erlass von Vorschriften (zum Beispiel Art. 14, 27, 34, 35 DSA) die sich direkt auf die Meinungsmacht von Intermediären auswirken und damit auch dem öffentlichen Interesse der Vielfaltssicherung dienen. Die Kommission stützt diese Maßnahmen nicht auf eine medienrechtliche Kompetenz, sondern beruft sich auf die Kompetenz zur Binnenmarktharmonisierung gem. Art. 114 AEUV. Der Binnenmarkt ist jedoch vorrangig ein Raum des freien Wirtschaftsverkehrs und umfasst insbesondere die (wirtschaftlichen) Grundfreiheiten gem. Art. 34 ff. AEUV. Nach der Argumentation der Kommission ist eine unionsweite Regelung von Sachverhalten, die eigentlich die Regulierung von Medien im öffentlichen Interesse betreffen, notwendig, um den freien Wirtschaftsverkehr innerhalb der Union zu gewährleisten. Die obige Untersuchung hat gezeigt, dass berechtigte Zweifel an dieser Argumentationslinie bestehen und gute Gründe dafür sprechen, dass zumindest nicht alle Vorschriften des DSA auf die Kompetenzgrundlage des Art. 114 AEUV gestützt werden können.⁶⁶⁸ Es ist auch nicht so, als ob durch den DSA vornehmlich ökonomische Aspekte des digitalen Dienstleistungsverkehrs geregelt werden und die Vielfaltssicherung nur mittelbar betroffen ist.⁶⁶⁹ Das Umgekehrte ist der Fall: Durch den DSA werden den Anbietern von digitalen Vermittlungsdiensten unmittelbar Pflichten auferlegt, die vorrangig dem Ausgleich der Interessen zwischen Anbietern und Nutzern sowie der Begrenzung von struktureller Macht bei den großen Intermediären dienen. Der Vorteil für den freien Wirtschaftsverkehr folgt hieraus nur mittelbar, da durch das einheitliche Regelwerk Compliance-Kosten verringert und die Rechtssicherheit gefördert werden sollen.

⁶⁶⁶ Begründung zum MStV (Fn. 235), S. 2 f.

⁶⁶⁷ *Paal*, Intermediäre, 2016, S. 35 f.

⁶⁶⁸ Teil III. B. I.

⁶⁶⁹ Vgl. *Paal*, Intermediäre, 2016, S. 35 f.

Die Kommission hat hierfür die Form einer unmittelbar geltenden Verordnung gewählt, die keine Möglichkeiten zur Abweichung vorsieht, und strebt damit eine Vollharmonisierung an. Das hätte zur Folge, dass die Mitgliedstaaten aufgrund der Sperrwirkung der geteilten Zuständigkeit i.S.v. Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV⁶⁷⁰ grundsätzlich nicht mehr selbst gesetzgeberisch tätig werden dürfen, soweit ein Bereich von der Union abschließend geregelt wurde. Wie sich gezeigt hat, würde das Inkrafttreten des DSA deshalb zur weitestgehenden Unanwendbarkeit von §§ 93, 94 MStV führen. Das hätte zur Folge, dass der deutsche Landesgesetzgeber ein wichtiges Instrument verlieren würde, um auf seine nationalen Medienmärkte im Sinne der Vielfaltssicherung einzuwirken.⁶⁷¹ Das Problem wurde zwar durch den erweiterten Anwendungsbereich von Art. 27 DSA deutlich entschärft, da die Transparenzpflichten nun auch für kleinere Anbieter gelten würden, die nur in Deutschland tätig sind. Es bleibt jedoch dabei, dass etwa eine Privilegierung journalistisch-redaktioneller Angebote im nationalen Recht nicht mehr möglich ist.

Fraglich ist, ob möglicherweise die Voraussetzungen für eine Beibehaltung nationaler Vorschriften zur Vielfaltssicherung gem. Art. 114 Abs. 4 i.V.m. Art. 36 AEUV vorliegen. Als Rechtfertigungsgrund käme dabei allenfalls der Schutz der öffentlichen Ordnung in Betracht. Das setzt nach der Rspr. des EuGH voraus, dass eine tatsächliche und hinreichend schwere Gefährdung vorliegt, die ein Grundinteresse der Gesellschaft, wozu auch der Schutz von Grundrechten gehören kann, berührt.⁶⁷² Die Pflicht des Gesetzgebers zur Errichtung einer positiven Medienordnung und Gewährleistung von Meinungsvielfalt in den Medien wird vom BVerfG aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG abgeleitet.⁶⁷³ Auf europarechtlicher Ebene hat der Grundsatz der Medienvielfalt auch Einzug in Art. 11 Abs. 2 GRCh gefunden und wird in ständiger Rechtsprechung vom EuGH⁶⁷⁴ hervorgehoben. Es käme deshalb durchaus in Betracht, die Beibehaltung nationaler Vorschriften im Interesse der Vielfaltssicherung als Bestandteil der öffentlichen Ordnung zu erwägen.⁶⁷⁵ Ob jedoch mit dem Inkrafttreten des DSA und der entsprechenden Unanwendbarkeit der §§ 93, 94 MStV tatsächlich eine hinreichend schwere und konkrete Gefahr für die Vielfaltssicherung in Deutschland eintreten würde, erscheint zweifelhaft. Die Normen des MStV werden durch Art. 14, 27, 38 zu wesentlichen Teilen kompensiert und es bedürfte wohl eines hohen Begründungsaufwands, um darzustellen, warum diese Vorschriften nicht ausreichend sind, um bestehenden, schwerwiegenden Gefahren für die Meinungsvielfalt in den deutschen Medien zu begegnen.

Im Ergebnis würde das Inkrafttreten des DSA als Maßnahme der Binnenmarktharmonisierung also dazu führen, dass der deutsche Landesgesetzgeber zumindest im Bereich von Transparenzgeboten und Diskriminierungsverboten nicht mehr seine Gesetzgebungskompetenz

670 Calliess/Ruffert/Calliess, Art. 2 AEUV, Rn. 13 ff.

671 In diese Richtung auch die Kritik des Bundesrates, BR-Drs. 96/21, S. 4 f.

672 EuGH v. 14.10.2004 – C-36/02, Rn. 30, 33.

673 St. Rspr., vgl. BVerfGE 73, 118, Rn. 90 ff.; 83, 238, Rn. 402; 121, 30, Rn. 91.

674 EuGH v. 25.07.1991 – C-288/89, Rn. 22 f.; EuGH v. 22.01.2013 – C-283/11, Rn. 51.

675 Vgl. EuGH v. 25.07.1991 – C-288/89, Rn. 23.

zur Sicherung der Medienvielfalt wahrnehmen könnte. Das ist im Hinblick auf die zweifelhafte Begründung der Gesetzgebungskompetenz aus Art. 114 AEUV als problematisch zu werten. Um hier eine zu starke Einschränkung der nationalen Souveränität zu vermeiden, wäre es daher ratsam, diesem Problem durch eine entsprechende Öffnungsklausel im DSA zu begegnen, die den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumt, zum spezifischen Schutz ihrer nationalen Medienmärkte weitergehende Regeln zu erlassen.⁶⁷⁶

4. Fazit

Die Vorschriften der §§ 93, 94 MStV finden zumindest teilweise Entsprechung in Art. 14, 27, 38. Da die nationalen Vorschriften jedoch teilweise strengere Pflichten vorsehen und durch eigene Aufsichtsbehörden überwacht werden, greift insoweit der Anwendungsvorrang des Unionsrechts, mit der Folge, dass die §§ 93, 94 MStV unanwendbar werden. Diese Folge ist im Hinblick auf die Kompetenzordnung zwischen Union und Mitgliedstaaten als problematisch anzusehen, da die Mitgliedstaaten so in ihren Möglichkeiten beschränkt werden, von ihrer Kompetenz zur medialen Vielfaltssicherung Gebrauch zu machen.

⁶⁷⁶ Ebenso BR-Drs. 96/21, S. 4 f.; *Beaujean*, MMR 2021, 669.

Teil IV: Vorschläge zur Überwindung der identifizierten Friktionen

A. Klare und verfassungskonforme Bestimmung von Zielvorgaben

Die vorstehende Untersuchung hat gezeigt, dass sich bereits auf der Ebene der abstrakten Regulierungsziele ein Konflikt zwischen einem inhaltsspezifischen Zugriff im Sinne des NetzDG und der anderweitig angestrebten praktischen Konkordanz von Grundrechten und Sicherung von Meinungsvielfalt ergibt.⁶⁷⁷ Das festgestellte Konfliktpotential entsteht insbesondere dadurch, dass der Gesetzgeber vorschnell auf einen aufgeheizten politischen bzw. gesellschaftlichen Diskurs zu reagieren versuchte und sich dabei ohne hinreichende Differenzierung kontroverse Schlagwörter der gesellschaftlichen Auseinandersetzung zu eigen machte, die stark vom US-amerikanischen Diskurs geprägt sind⁶⁷⁸, ohne dass eine hinreichend klare Definition dieser Begrifflichkeiten oder gesicherte empirische Erkenntnisse zur tatsächlichen Gefahrenlage vorlagen.⁶⁷⁹ Die Legitimität der gesetzgeberischen Zielvorstellung hinter dem NetzDG erscheint deshalb vor dem Hintergrund der verfassungsgerichtlichen Rspr. zu Art. 5 Abs. 1 GG als äußerst zweifelhaft.⁶⁸⁰

Eine künftige Vermeidung derartiger Konfliktpotentiale setzt zunächst voraus, dass sich der Gesetzgeber bei jedem regulatorischen Eingriff in den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung klar seine eigenen Zielvorstellungen vor Augen führt und diese auch ausdrücklich benennt.⁶⁸¹ Sofern ein inhaltsspezifischer Zugriff erfolgen soll, also die Einschränkung bestimmter Äußerungen angestrebt wird, ist streng darauf zu achten, dass die Grenzen des Individualrechtsgüterschutzes nicht übertreten werden, indem etwa bestimmte Äußerungen nicht nur aufgrund ihres Verletzungspotentials für konkrete Rechtsgüter sondern aufgrund ihres spezifischen meinungsrelevanten Inhalts bekämpft werden.⁶⁸² Die Rspr. des BVerfG zu Art. 5 Abs. 1 GG⁶⁸³ ist in diesem Zusammenhang besonders zu berücksichtigen.

Um das Risiko überschießender Eingriffe in den Bereich der freien Meinungsäußerung zu verringern, ist daher zu empfehlen, von der unkritischen und undifferenzierten Übernahme kontroverser Begrifflichkeiten, die regelmäßig von den US-amerikanischen Medien geprägt werden, abzusehen und diese nicht zur Grundlage regulatorischer Eingriffe zu machen. An den Beispielen der Begriffe „Hassrede“ und „Fake News“ hat sich gezeigt⁶⁸⁴, dass solche Schlagwörter wegen ihrer Unschärfe und Umstrittenheit nicht als tragfähige Grundlage für gesetzgeberische Entscheidungen in grundrechtssensiblen Bereichen dienen können. Zu groß ist die Gefahr, dass bei der Orientierung an solchen Begriffen die eigentlich verfassungsrechtlich vorgegebene

⁶⁷⁷ Teil III. A. I.

⁶⁷⁸ *Gerdemann*, ZUM 2022, 364, 368 f.

⁶⁷⁹ Vgl. WD 10 – 3000– 037/17, S. 12 f.

⁶⁸⁰ Teil III. A. I. 2. a).

⁶⁸¹ *Ingold*, MMR 2020, 82, 85.

⁶⁸² Vgl. *Cornils*, ZUM 2019, 89, 92.

⁶⁸³ Insb. BVerfGE 124, 300, Rn. 59 ff.

⁶⁸⁴ Teil III. A. I. 2. b), c).

Dogmatik aus den Augen verloren und zugunsten eines öffentlichkeitswirksamen, politisch motivierten Zugriffs vernachlässigt wird. Außerdem sollte sich die Intensität von Eingriffen stets auch an den tatsächlich vorliegenden empirischen Erkenntnissen zu den bekämpften Gefahrenpotentialen orientieren. Gerade in dem hier behandelten Bereich des Zusammenspiels von digitaler Plattformökonomie und öffentlicher Meinungsbildung besteht jedoch immer noch ein Defizit an gesicherten Erkenntnissen zu den tatsächlich wirkenden Dynamiken und den daraus erwachsenden Gefahren.⁶⁸⁵

Für die Fortschreibung und gegebenenfalls Anpassung des geltenden Rechtsrahmens lässt sich somit folgender Schluss ziehen: Macht es sich der Gesetzgeber zum Ziel, regulatorisch in den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung einzugreifen, um diesen vor Gefahren zu schützen, die von Nutzern der Intermediäre ausgehen, wie zum Beispiel vor der Verbreitung von Desinformation, strafbarer Äußerungen oder automatisierter Nutzerprofile, so hat er zunächst kritisch zu hinterfragen, inwieweit sich die ausgemachten Gefahrenpotentiale durch nachvollziehbare empirische Erkenntnisse verifizieren lassen. Umso weniger das der Fall ist, umso gewissenhafter ist zu prüfen, inwieweit ein regulatorischer Eingriff überhaupt erforderlich ist. Sodann ist klar zu definieren, welche Verhaltensformen durch den Eingriff reguliert werden sollen. Anhand der umfangreichen Rspr. des BVerfG zum Schrankensystem des Art. 5 Abs. 2 GG ist zu bestimmen, ob durch die beabsichtigte Regulierung in die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG eingegriffen wird und inwieweit sich ein solcher Eingriff rechtfertigen lässt. Nur auf diese Weise lassen sich unnötige und unangemessene Eingriffe in das Recht der freien Meinungsäußerung vermeiden, welche mehr Schaden für den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung anrichten können, als ihn zu vermeiden, indem sie anderweitige Bemühungen um einen angemessenen Ausgleich von Anbieter- und Nutzerinteressen oder die Gewährleistung von Meinungsvielfalt konterkarieren.

B. Harmonisierung von Anwendungsbereichen

I. Deutsches Recht

Der Vergleich der unterschiedlichen Anwendungsbereiche in den untersuchten Regelwerken des deutschen Rechts hat hervorgebracht, dass aufgrund der unterschiedlichen quantitativen Schwellenwerte und der unzureichenden Einbeziehung aller meinungsbildungsrelevanten Inhalte in die geltenden Schutzbereiche viele Fälle denkbar sind, in denen Nutzer nicht angemessen vor „Overblocking“ und Diskriminierung durch die Intermediäre geschützt sind.⁶⁸⁶

⁶⁸⁵ *Ingold*, MMR 2020, 82, 83 f.

⁶⁸⁶ Teil III. A. II.

Um die festgestellten Friktionen soweit wie möglich zu beseitigen, ist es deshalb zu empfehlen, den Anwendungsbereich der Regeln, welche die Nutzerinteressen schützen, möglichst auf alle meinungsbildungsrelevanten Inhalte zu erstrecken. Da die Anwendbarkeit der zivilrechtlichen Schutzmechanismen jedoch von den Regeln des internationalen Privatrechts abhängig ist und in diesem Bereich die Intermediäre durch die freie Rechtswahl jedenfalls gegenüber Unternehmern die Anwendbarkeit des deutschen Zivilrechts ausschließen können, müsste eine Anpassung des Anwendungsbereichs vor allem im Bereich der §§ 91 ff. MStV erfolgen. Hier wurde insbesondere Kritik an der starren quantitativen Schwelle des § 91 Abs. 2 Nr. 1 MStV und der Beschränkung des Schutzbereichs von § 94 MStV auf journalistisch-redaktionelle Inhalte geübt.⁶⁸⁷

Eine Möglichkeit, diese Defizite zu beseitigen, wäre die tatbestandliche Anknüpfung des Anwendungsbereichs von §§ 91 ff. MStV an die Meinungsbildungsrelevanz des jeweiligen Medienintermediärs⁶⁸⁸, ohne dabei eine starre quantitative Schwelle festzulegen. Das Merkmal der Meinungsbildungsrelevanz könnte als unbestimmter Rechtsbegriff in den Normtext eingeführt werden und um eine widerlegliche Vermutung ergänzt werden, wenn ein Intermediär eine bestimmte Menge an Nutzern erreicht oder einen bestimmten inhaltlichen Fokus, zum Beispiel auf journalistisch-redaktionelle Inhalte, aufweist. So könnten einerseits quantitative Aspekte wie Nutzerzahlen oder Marktanteile Berücksichtigung finden, während gleichzeitig genug Raum bliebe, um die Meinungsbildungsrelevanz der Plattform auch anhand qualitativer Merkmale zu bestimmen. Der unbestimmte Rechtsbegriff würde Behörden und Gerichten genug Raum geben, um auch künftige neue Entwicklungen und Erkenntnisse über die Wirkung von Intermediären auf die öffentliche Meinungsbildung bei der Auslegung des Gesetzes zu berücksichtigen, während eine widerlegliche Vermutung die Rechtssicherheit stärkt und die praktische Handhabung erleichtert. In diesem Vorschlag bezieht sich das Merkmal der Meinungsbildungsrelevanz also ausdrücklich auf den Intermediär an sich und nicht auf die verbreiteten Inhalte.

Dementsprechend wäre auch die Beschränkung des Schutzbereichs von § 94 MStV auf journalistisch-redaktionelle Inhalte, auf deren Wahrnehmbarkeit die Intermediäre besonders hohen Einfluss haben, zu streichen. Um den Anwendungsbereich der Norm nicht unnötig zu überdehnen, könnte stattdessen bestimmt werden, dass nur Meinungsäußerungen vom Diskriminierungsverbot geschützt sind. Alternativ wäre auch nur eine Anpassung des Tatbestands von § 94 Abs. 1 MStV denkbar, sodass nicht ausschließlich journalistisch-redaktionelle Inhalte vor Diskriminierung geschützt sind, sondern alle meinungsbildungsrelevanten Inhalte.⁶⁸⁹ In diesem Fall würde der Auslegung dieses Begriffs durch Behörden und Gerichten eine besondere Bedeutung zukommen, was aber auch gewisse Risiken beinhaltet: Der Begriff des „meinungsbildungsrelevanten Inhalts“

⁶⁸⁷ Teil III. A. II. 1. c) bb) und 2. b).

⁶⁸⁸ Vgl. *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230, 235 f., die vorschlagen, die Definition der „Medienintermediäre“ in § 2 Abs. 2 Nr. 13b MStV auf alle Plattformen auszudehnen, die meinungsbildungsrelevante Inhalte Dritter im Internet aggregieren, selektieren und den eigenen Nutzern präsentieren.

⁶⁸⁹ Dafür *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230, 238; Vgl. auch *Kellner*, Regulierung von Intermediären, 2019, S. 289 f.

eröffnet nämlich die gedankliche Möglichkeit, bestimmten Meinungsäußerungen ihre Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung abzusprechen, weil sie zum Beispiel als potentiell gefährlich oder wertlos angesehen werden.⁶⁹⁰ Ein solcher willkürlicher Ausschluss bestimmter Meinungsäußerungen aus dem Schutzbereich würde jedoch wiederum den Sinn und Zweck des Diskriminierungsverbots sowie das Prinzip der freien Meinungsäußerung konterkarieren, da es dem Gesetzgeber grundsätzlich nicht zusteht, bestimmte Meinungsäußerungen allein aufgrund ihres gedanklichen Inhalts gegenüber anderen zu benachteiligen⁶⁹¹, was auch gerade § 94 MStV für die Intermediäre verhindern soll. Nach hier vertretener Ansicht wäre es deshalb vorzugswürdig, auf die Meinungsbildungsrelevanz des Intermediärs an sich abzustellen und grundsätzlich jede Verbreitung von Meinungsäußerungen mittels eines solchen Intermediärs vor ungerechtfertigten Diskriminierungen zu schützen. Die konkrete Qualität der jeweiligen Äußerung könnte dann immer noch im Rahmen der Interessenabwägung bei der Bestimmung der „unbilligen Behinderung“ gem. § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV Berücksichtigung finden.

Durch die beschriebenen Anpassungen würde der Anwendungsbereich der §§ 93, 94 MStV dem Schutzbereich der zivilrechtlichen Haftung von Plattformanbietern angeglichen. Im Gegenzug könnte beispielsweise eine widerlegliche Vermutung der Meinungsbildungsrelevanz im MStV auch bei der Interessenabwägung im Rahmen von §§ 307 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB als Anhaltspunkt für die erhöhte Schutzbedürftigkeit von betroffenen Nutzern dienen, sodass die Voraussetzungen für die zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Haftung weitgehend gleichläufig wären. Auf diese Weise könnte sichergestellt werden, dass keine unbeabsichtigten Schutzlücken für meinungsbildungsrelevante Inhalte aller Art⁶⁹² entstehen.

In jedem Fall ist sicherzustellen, dass die Zählung der Nutzer, die ein Intermediär innerhalb eines bestimmten Zeitraums erreicht, in allen Regelwerken gleich gehandhabt wird. Dabei sollte so weit wie technisch möglich die Zahl der tatsächlich aktiven Nutzer einer Plattform ermittelt werden.⁶⁹³ Hierfür eignet sich am besten die Zählung der „unique user“ anhand der IP-Adresse mit Standort in Deutschland, wobei zusätzlich klarzustellen ist, anhand welcher technischen Identifikationsmerkmale (zum Beispiel Browser oder Cookies) unterschiedliche Nutzer innerhalb desselben Netzwerks zu unterscheiden sind. Ein Vorbild für die Lösung dieser Problematik finde sich nun in den europäischen Vorschriften der Art. 24 Abs. 2, 4 i.V.m. Art. 33 Abs. 3 DSA: Die genaue Methodik der Zählung aktiver Nutzer kann durch einen delegierten Rechtsakt der Exekutive festgelegt werden und die Intermediäre werden verpflichtet, ihre Nutzerzahlen anhand dieser Methodik periodisch zu ermitteln, zu veröffentlichen und an die zuständigen Behörden zu

⁶⁹⁰ Vgl. beispielhaft *Brugger*, JA 2006, 687: „Warum sollte eine Rechtsordnung, die Bürger integrieren oder jedenfalls friedliche Zustände sichern will, Hass schützen? Hass schürt Unfrieden, kann zu Gewalt führen.“ Solche und ähnliche Äußerungen lassen bspw. auf einen verbreitete Tendenz schließen, „Hassrede“ grundsätzlich nicht mehr als schützenswerte Meinungsäußerung anzusehen, was jedoch keine Grundlage in der deutschen Grundrechtsdogmatik findet, vgl. Teil III. A. I. 2. b).

⁶⁹¹ BVerfGE 124, 300, Rn. 59 ff.

⁶⁹² Vgl. die grafische Darstellung in Teil III. A. II. 2. b).

⁶⁹³ Teil III. A. II. 2. a).

übermitteln. Auf diese Weise wird nicht nur die einheitliche Ermittlung der Nutzerzahlen sichergestellt sondern auch die Verfügbarkeit dieser Nutzerzahlen für die zuständigen Aufsichtsbehörden und die Öffentlichkeit.

II. Einfluss des Europarechts

Die Problematik der unterschiedlichen Anwendungsbereiche würde bei Inkrafttreten des europäischen DSA in seiner derzeitigen Form erheblich an Bedeutung verlieren. Der DSA folgt hinsichtlich der Anwendungsbereiche einer eigenen, hierarchisch abgestuften Systematik, die künftig für alle Intermediäre, die ihre Dienste in der Union anbieten, gelten würde. Weiter oben wurde gezeigt, dass mit Geltungsbeginn des DSA der Anwendungsvorrang des Unionsrechts voraussichtlich dazu führen würde, dass die Pflichten für Intermediäre im NetzDG und in §§ 93, 94 MStV nicht mehr anwendbar wären.⁶⁹⁴ Gleichzeitig wäre damit in Art. 14 Abs. 4 DSA auch auf europäischer Ebene ein Anknüpfungspunkt für die Abwägung der widerstreitenden Grundrechtspositionen gegeben, sodass eine Anwendbarkeit des deutschen Zivilrechts nicht mehr zwingend erforderlich wäre, um Löschungen von Inhalten durch die Anbieter an den Grundrechten der Nutzer zu messen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass Art. 14 Abs. 4 DSA nur für die Anwendung und Durchsetzung der Nutzungsbedingungen gilt und deshalb strenggenommen nicht bei der Inhaltskontrolle sondern erst bei der Ausübungskontrolle zur Anwendung kommt.⁶⁹⁵ Die Inhaltskontrolle am Maßstab der Grundrechte wäre also weiterhin nur bei Anwendbarkeit des deutschen Zivilrechts über § 307 Abs. 1 BGB möglich. Gleichzeitig würde die öffentlich-rechtliche Inhaltskontrolle gem. § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV („unbillige Behinderung“) wegen des Anwendungsvorrangs des DSA entfallen, wodurch eine potentielle Schutzlücke für Unternehmer verbleibt. Es wäre deshalb zu empfehlen, im DSA entweder eine Öffnungsklausel für nationale Vorschriften zur Vielfaltssicherung vorzusehen, sodass § 94 Abs. 2 Alt. 2 MStV weiterhin anwendbar bliebe, oder Art. 14 Abs. 4 DSA dahingehend anzupassen, dass er auch die allgemeine Inhaltskontrolle der Nutzungsbedingungen umfasst.

C. Effektiver Schutz vor „Overblocking“ durch Intermediäre

I. Aufhebung öffentlich-rechtlicher Löschpflichten

Nach der hier vertretenen Ansicht, die von weiten Teilen des Schrifttums geteilt wird, verletzt das NetzDG aufgrund seiner Anreizstruktur zum „Overblocking“ die Kommunikationsgrundrechte aus Art. 5 Abs. 1 GG und ist deshalb als materiell verfassungswidrig anzusehen.⁶⁹⁶ Hinzu kommen

⁶⁹⁴ Teil III. B. II., IV.

⁶⁹⁵ Vgl. *Peukert in Richter/Straub/Tuchtfeld, To Break Up or Regulate Big Tech?*, 2021, S. 23.

⁶⁹⁶ Teil III. A. III. 1.

ernsthafte Bedenken gegen die formelle Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes⁶⁹⁷ sowie eine Unvereinbarkeit mit dem Europarecht⁶⁹⁸. In Anbetracht dieser gravierenden Mängel ist es somit konsequent, die vollständige Aufhebung des NetzDG zu fordern, womit auch die Friktionen beseitigt wären, die mit dem Anreiz zum „Overblocking“ zusammenhängen.

Zu einer Unanwendbarkeit des NetzDG inklusive der umstrittenen Löschpflichten würde voraussichtlich auch das Inkrafttreten des europäischen DSA führen.⁶⁹⁹ Der Umstand, dass die Kommission von einer Normierung öffentlich-rechtlicher Löschpflichten abgesehen hat und stattdessen mit Art. 14 Abs. 4 DSA ausdrücklich eine Vorschrift zur Sicherstellung des angemessenen Interessenausgleichs zwischen Anbietern und Nutzern vorsieht, spricht dafür, dass das Modell der imperativen Löschpflichten, welches das NetzDG und die ihm folgenden Gesetze, wie das österreichische KomPI-G, verfolgen, künftig kein taugliches Mittel mehr für eine Regulierung der öffentlichen Meinungsbildung im Einklang mit allgemeinen verfassungsrechtlichen Prinzipien darstellen wird.

Bei einer vollständigen Aufhebung bzw. Unanwendbarkeit des NetzDG würde sich jedoch die Frage stellen, wie künftig mit der Verbreitung rechtswidriger Inhalte mittels der digitalen Intermediäre umzugehen wäre. Die Löschraxis der Plattformanbieter zeigt, dass gemeldete Inhalte ganz überwiegend bereits aufgrund der plattformeigenen Nutzungsbedingungen gelöscht werden.⁷⁰⁰ Man könnte deshalb der Auffassung sein, dass ein Gesetz wie das NetzDG faktisch gar nicht erforderlich ist, um die effektive Rechtsdurchsetzung in den sozialen Medien zu garantieren, und sich stattdessen auf die Selbstregulierung der Intermediäre in Verbindung mit ihrer Störerhaftung bei Kenntnis von Rechtsverletzungen verlassen. Eben diesen Weg geht implizit der europäische DSA, der keine öffentlich-rechtlichen Löschpflichten mehr vorsieht und stattdessen das Meldeverfahren gem. Art. 16 Abs. 3 DSA mit der Haftungsprivilegierung der Anbieter gem. Art. 6 DSA verknüpft. Auf diesem Weg wird sichergestellt, dass ein geordnetes Verfahren zur Meldung rechtswidriger Inhalte zur Verfügung steht, welches einen impliziten Handlungsdruck für die Intermediäre begründet, da diese beim Stehenlassen zweifelhafter Inhalte mit dem Verlust ihrer Haftungsprivilegierung und einer Inanspruchnahme als Störer rechnen müssen. Dieser Druck ist jedoch wesentlich geringer als das ökonomische Risiko von hohen Strafzahlungen bei Verstößen gegen öffentlich-rechtliche Löschpflichten.

Nach hier vertretener Ansicht ist in dieser Form der Regulierung der richtige Weg zu einem angemessenen Ausgleich zwischen den privaten und öffentlichen Interessen an der Löschung rechtswidriger Inhalte und dem Schutz der individuellen Kommunikationsgrundrechte zu sehen. Das bisherige Löschrverhalten der großen Intermediäre hat gezeigt, dass diese Anbieter durchaus

697 Stellvertretend *Gersdorf*, MMR 2017, 439, 440 ff., m.w.N.

698 Stellvertretend *Spindler*, ZUM 2017, 473, m.w.N.

699 Teil III. B. II.

700 Teil III. A. IV. 1. b).

ein großes ideelles Interesse daran haben, rechtswidrige Inhalte auf ihren Plattformen zu unterbinden und durch ihr Löschverhalten teilweise sogar übers Ziel hinausschießen. In den letzten Jahren haben sich gerade Intermediäre wie Facebook und Twitter durch breit angelegte Initiativen gegen „Hassrede“ oder Desinformation (zum Beispiel „Faktencheks“) hervorgetan, sodass kein wirklicher Grund zur Annahme besteht, diese Intermediäre müssten erst durch imperativen Druck zur effektiven Durchsetzung der Gesetze angehalten werden. Im Lichte der erheblichen Gefahren für die Verwirklichung der individuellen Meinungs- und Informationsfreiheit, die durch solche imperativen Löschpflichten begründet wird, erscheint es deshalb angemessen, das eigene Interesse der Intermediäre an der Durchsetzung ihrer Nutzungsbedingungen sowie den impliziten Handlungsdruck durch den Verlust der Haftungsprivilegierung als ausreichende Motivation für eine effektive Durchsetzung des geltenden Rechts anzusehen.

II. Aufwertung von Nutzerinteressen zur Vermeidung von „Echokammern“

Es hat sich gezeigt, dass die von den großen Intermediären praktizierte Einschränkung der freien Meinungsäußerung auf ihren Plattformen dazu führt, dass sich zunehmend alternative Plattformen etablieren, die sich explizit als Verfechter der freien Meinungsäußerung im Netz verstehen. Diese Entwicklung befördert eine Fragmentierung von öffentlichen Kommunikationsprozessen und die Bildung von „Echokammern“, was der Zielsetzung der Intermediärsregulierung im MStV zuwiderläuft.⁷⁰¹ Die Ursache für das Ausweichen auf alternative Kommunikationsplattformen und das Abreißen von kommunikativem Kontakt zwischen konkurrierenden Meinungskomplexen liegt vor allem darin, dass die Löschpraxis der Intermediäre tendenziell zulasten eines bestimmten politischen Meinungsspektrums geht und einzelne Vertreter dieses Spektrums sich der strukturellen Übermacht der großen Intermediäre schutzlos ausgeliefert sehen. Inzwischen ist die Zahl der hiervon Betroffenen augenscheinlich so groß geworden, dass sich der Aufbau separater Kommunikationsplattformen als wirtschaftlich sinnvolle Alternative zum Versuch der gerichtlichen Vorgehens gegen die großen Intermediäre darstellt.⁷⁰² Es liegt jedoch im Interesse eines demokratischen Meinungsbildungsprozesses, dass auch Minderheiten die Möglichkeit zur Teilnahme an der öffentlichen Meinungsbildung gewährt wird. Der „Kampf der Meinungen“ stellt das Lebenselement der Demokratie dar⁷⁰³ und die kommunikative Isolierung von Mindermeinungen kann gerade zu deren Radikalisierung beitragen.

Um einer Fragmentierung der öffentlichen Kommunikationsprozesse so weit wie möglich zu vorbeugen, ist zu empfehlen, die Abwehrmöglichkeiten von Nutzern gegen unangemessene Löschungen ihrer Inhalte und Sperrungen ihrer Profile zu fördern. Die Schwelle für ein Abwandern

⁷⁰¹ Teil III. A. III. 2.

⁷⁰² Die Plattform Gab berichtete im April 2020 über 3.7 Mio. monatliche Besucher der Plattform (weltweit), <https://www.foxbusiness.com/technology/what-is-gab> (abgerufen am 31.07.2022).

⁷⁰³ BVerfGE 7, 198, Rn. 32.

von signifikanten Nutzerzahlen auf alternative Plattformen dürfte zwar aufgrund von Netzwerk- und Lock-In-Effekten ohnehin relativ hoch sein. Der Anreiz zum Rückzug in sichere „Echokammern“ ist jedoch umso kleiner desto effektiver die betroffenen Nutzer ihre Interessen gegen die großen Intermediäre geltend machen und auch durchsetzen können. Materiell-rechtlich⁷⁰⁴ spielen die Nutzerinteressen vor allem bei der Inhalts- und Anwendungskontrolle der plattformeigenen Nutzungsbedingungen eine große Rolle. Diese Abwägung wird auch auf europäischer Ebene durch die neue Vorschrift des Art. 14 Abs. 4 DSA betont. Nach hier vertretener Ansicht ist die Gefahr der Fragmentierung von Kommunikationsprozessen bei Einschränkungen der Meinungsfreiheit durch die großen Intermediäre als zusätzliches Argument für eine starke Grundrechtsbindung dieser Intermediäre und somit eine Aufwertung der betroffenen Nutzerinteressen im Rahmen der zivilrechtlichen Interessenabwägung zu sehen.

Die vorstehenden Ausführungen sind jedoch nicht so zu verstehen, dass das Entstehen alternativer Angebote auf dem Markt der Intermediäre verhindert werden sollte, sodass nur möglichst wenige, möglichst große Kommunikationsplattformen zur Verfügung stehen. Die Entwicklung der digitalen Märkte in den letzten Jahrzehnten⁷⁰⁵ hat gezeigt, dass die allgemeinen Markttendenzen und Netzwerkeffekte ohnehin dazu führen, dass sich die Kommunikation im Internet auf wenigen, sehr großen Plattformen konzentriert. Zum Schutz der öffentlichen Meinungsbildung ist sicherzustellen, dass diese großen Intermediäre die Meinungsmacht, die ihnen hierdurch zufällt, nicht zur gezielten Steuerung des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses missbrauchen. Wenn sich ein Intermediär entscheidet, ein grundsätzlich offenes Kommunikationsforum anzubieten, und dadurch eine erhebliche Meinungsbildungsrelevanz gewinnt, muss der Meinungs- und Informationsfreiheit seiner Nutzer entsprechend Rechnung getragen werden. Das bedeutet nicht, dass dem Entstehen von kleineren, alternativen Plattformen aktiv entgegengewirkt werden müsste. Wenn der Anlass für das Entstehen solcher Alternativen jedoch allein darin liegt, dass die großen Intermediäre bestimmte Meinungsspektren auf ihrer Plattform diskriminieren, dann ist sicherzustellen, dass die hiervon betroffenen Nutzer ihre Interessen angemessen geltend machen können und nicht zur Abwanderung in „Echokammern“ *gezwungen* sind. Im Lichte der öffentlichen Meinungsbildung ist es nicht problematisch, wenn eine Vielzahl von Kommunikationsplattformen besteht, auf denen jeweils eine Vielfalt von Meinungen vertreten ist, sondern nur, wenn der Kontakt zwischen konkurrierenden Meinungskomplexen abreißt, weil diese sich in abgegrenzte Räume zurückziehen. Es kommt deshalb nicht darauf an, den Wettbewerb zwischen verschiedenen Plattformen zu verhindern, sondern sicherzustellen, dass die großen Plattformen, die ein offenes Kommunikationsforum eröffnen, auch tatsächlich einen offenen Meinungskampf zulassen.

704 Vgl. zum formalen Schutz durch Verfahrensrechte Teil IV. D.

705 Vgl. *Monopolkommission*, Herausforderung digitaler Märkte, 2015.

III. Einführung von „Muster-AGB“?

Die Auswertung der NetzDG-Transparenzberichte hat gezeigt, dass die Intermediäre ihre Eingriffe in nutzergenerierte Inhalte ganz überwiegend auf Verletzungen ihrer eigenen Nutzungsbedingungen stützen.⁷⁰⁶ Diese Nutzungsbedingungen haben sich damit als Dreh- und Angelpunkt für die Steuerung des Meinungsbildungsprozesses auf den großen Kommunikationsplattformen erwiesen.

Nach den Vorgaben der neueren Rspr. ist bei der Gestaltung und Anwendung dieser Nutzungsbedingungen eine komplexe Abwägung aller betroffenen Interessen vorzunehmen.⁷⁰⁷ Diese Abwägungsentscheidung erfordert nicht nur eine umfassende und objektive Bewertung aller im Einzelfall relevanten Umstände, sondern setzt auch eine substantielle Kenntnis der einschlägigen Rspr. zur Reichweite und Einschränkung der Kommunikationsgrundrechte voraus. Vorgenommen wird diese Abwägung jedoch im ersten Schritt von den Intermediären selbst, die naturgemäß von eigenen ökonomischen und ideellen Interessen geleitet werden und deshalb von vornherein mit einer gewissen Befangenheit belastet sind. Zudem kann nicht vorausgesetzt werden, dass die im angloamerikanischen Raum beheimateten Intermediäre im Detail die umfangreiche deutsche Rspr. zu Art. 5 Abs. 1 GG kennen und sie ihren Entscheidungen zugrundelegen. Hinzu kommt, dass eine Überprüfung von einzelnen Löschklauseln erst im Streitfall durch die deutschen Gerichte vorgenommen wird. Es kann deshalb theoretisch Jahre dauern, bis zu den Klauseln einzelner Anbieter höchstrichterliche Entscheidungen vorliegen, die zum Anlass einer Korrektur genommen werden können.⁷⁰⁸ Die neuere Rspr. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Plattformnutzungsvertrag hat die Privatautonomie der Intermediäre bei der Gestaltung ihrer Nutzungsbedingungen bereits in hohem Maße überformt. Die Vorgaben der Rspr. sind jedoch komplex und lassen im Detail noch immer Interpretationsspielräume offen.⁷⁰⁹ Es besteht deshalb ein Bedürfnis, über die nachträgliche gerichtliche Kontrolle hinaus präventiven Einfluss auf die ausgewogene Gestaltung der Nutzungsbedingungen durch die Intermediäre zu nehmen.⁷¹⁰

⁷⁰⁶ Teil III. A. IV. 1.

⁷⁰⁷ Teil II. A. II. 3.

⁷⁰⁸ Im Falle von Facebook sind zwischen den ersten obergerichtlichen Urteilen im Jahr 2018 und der Entscheidung des BGH über die Unangemessenheit der Löschklausel im Juli 2021 ca. 3 Jahre vergangen, vgl. Teil II. A. II. 1.

⁷⁰⁹ So hat der BGH bspw. in der „Hassrede“-Klausel von Facebook einen legitimen Sachgrund für Löschungen gesehen, weil sie eine „Verrohung der Debattenkultur“ verhindern sollen, ohne sich mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern durch die Klausel auch abstrakte und nüchtern formulierte Werturteile verboten werden (zum Beispiel „Ich mag X nicht“), BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 92.

⁷¹⁰ Es ist kaum zu erwarten, dass die Intermediäre allein durch die neue Vorschrift des § 2 Abs. 2 Nr. 17 NetzDG, wonach die Transparenzberichte auch Erläuterungen zur Vereinbarkeit der AGB mit §§ 307 ff. BGB enthalten sollen, zu einer gewissenhaften Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit ihrer Nutzungsbedingungen angehalten werden können.

In diesem Zusammenhang verdient der Beitrag von *Schwartmann*⁷¹¹ Aufmerksamkeit, der die Schaffung von gesetzlichen „Muster-AGB“ für Intermediäre vorschlägt. Vor dem Hintergrund der neuen BGH-Rspr. sieht *Schwartmann* ebenfalls die Notwendigkeit, die Formulierung von Nutzungsbedingungen, welche die freie Meinungsäußerung einschränken, aufgrund ihrer Komplexität und Fehleranfälligkeit nicht allein den Intermediären zu überlassen.⁷¹² Er schlägt deshalb vor, durch den Gesetzgeber eine Art „Muster-AGB“-Klausel vorzugeben, welche die Ergebnisse der jüngeren Rspr. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte verarbeitet und abbildet.⁷¹³ Den Anbietern soll durch diese „Muster-AGB“ eine rechtssichere Option für die Gestaltung ihre eigenen Nutzungsbedingungen geboten werden. Den entscheidenden Vorteil einer solchen gesetzlichen Vorgabe sieht *Schwartmann* in ihrer Transparenz und Kontinuität, da diese „Muster-AGB“ nicht nach Belieben geändert und als staatliches Recht von der Wissenschaft diskutiert und von Gerichten ausgelegt bzw. konkretisiert werden können.⁷¹⁴ Dieser Vorschlag wirft einige diskussionswürdige Fragen auf.

1. Regelungstechnik

Zum Einen stellt sich die Frage nach der konkreten Regelungstechnik. *Schwartmann* erwägt, die „Muster-AGB“ gesetzlich im EGBGB zu verankern und analog zu den Mustern für Widerrufsbelehrungen zu behandeln (vgl. etwa Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 2 EGBGB i.V.m. Anlage 1).⁷¹⁵ Das würde bedeuten, dass der Gesetzgeber die konkrete Formulierung der AGB-Klausel in einem Muster vorgibt und gesetzlich festlegt, dass die Verwendung dieser Musterklausel die Anforderungen von § 307 BGB an die Zulässigkeit von AGB erfüllt. Diese Vorschrift würde damit gewissermaßen als *lex specialis* zu §§ 307 ff. BGB fungieren und die erforderliche Abwägungsentscheidung durch gesetzliche Wertung vorwegnehmen. Eine solche Normierung einer „Muster-AGB“-Klausel durch den Gesetzgeber würde allerdings ein völliges *Novum* im Zivilrecht darstellen. Mit den Muster-Widerrufsbelehrungen wäre eine solche Regelung kaum vergleichbar, da die Informationspflichten im Widerrufsrecht klar und abschließend geregelt sind und ihr Inhalt nicht erst durch eine komplexe Interessenabwägung ermittelt werden muss. Das entsprechende Muster soll lediglich die formale Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben erleichtern, während die „Muster-AGB“ eine materiell-rechtliche Entscheidung über die Angemessenheit bestimmter AGB-Klauseln treffen würden.⁷¹⁶ Damit wird die Verantwortung für die Angemessenheit der Klausel lediglich auf den Gesetzgeber verschoben. Das würde zwar zu mehr Rechtssicherheit

⁷¹¹ NJW 2022, 133.

⁷¹² *Schwartmann*, a.a.O., 135 f.

⁷¹³ *Schwartmann*, a.a.O., 136.

⁷¹⁴ *Schwartmann*, a.a.O., 135.

⁷¹⁵ *Schwartmann*, a.a.O., 135.

⁷¹⁶ Bislang treffen die §§ 308, 309 BGB lediglich Entscheidungen über die Unangemessenheit bestimmter Klauseln.

führen, allerdings bestünde auch die Möglichkeit, dass der Gesetzgeber bei seiner Ausgestaltung der Klausel selbst Abwägungsfehler begeht. Diese Fehler wären jedoch deutlich schwieriger zu korrigieren, da die Gerichte die Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers grundsätzlich zu respektieren hätten. Eine Verletzung von Grundrechtspositionen durch die gesetzlichen „Muster-AGB“ könnte dann nur im Wege der Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden. Jede Anpassung dieser „Muster-AGB“ würde zudem den Erlass eines neuen Bundesgesetzes erfordern. Eine gesetzliche Regelung wäre somit in hohem Maße unflexibler als eine Fortentwicklung der Rspr., was gerade im Hinblick auf die schnellen Veränderungen des digitalen Zeitalters und der entsprechenden Geschäftsmodelle von Intermediären problematisch erscheint.

Es ist deshalb zu erwägen, ob die Idee der „Muster-AGB“ auf andere Art und Weise als durch eine verbindliche gesetzliche Regelung umgesetzt werden könnte. *Schwartmann* schlägt beispielsweise auf europäischer Ebene eine Umsetzung durch delegierten Rechtsakt oder Durchführungsrechtsakt der Kommission gem. Art. 290, 291 AEUV vor und zieht einen Vergleich zu entsprechenden Vorschriften in der DS-GVO.⁷¹⁷ Ein delegierter Rechtsakt der Exekutive gem. Art. 290 Abs. 1 AEUV verspricht zwar mehr Flexibilität als eine Regelung im Gesetzgebungsverfahren, allerdings kommt auch solchen Rechtsakten allgemein verbindliche Wirkung zu, da sie in Gestalt von Verordnungen, Richtlinien oder Beschlüssen (Art. 288 AEUV) erlassen werden. Denkbar wäre jedoch der Erlass von „Muster-AGB“ als Konkretisierung der gesetzlichen Vorschriften (zum Beispiel von Art. 14 Abs. 4 DSA) mithilfe einer Durchführungsempfehlung gem. Art. 291 Abs. 2 AEUV. Diese wäre nicht verbindlich, könnte aber eine gewisse politisch-psychologische Wirkung⁷¹⁸ entfalten.

Als Alternative zu allgemein verbindlichen Rechtsakten kommen außerdem die Instrumente der Regulierten Selbstregulierung in Betracht. Auf europäischer Ebene wurden in Zusammenarbeit zwischen Union und Intermediären bereits verschiedene Verhaltenskodizes zur Bekämpfung spezifischer Gefahrenpotentiale erarbeitet, denen sich die Intermediäre auf freiwilliger Basis anschließen können.⁷¹⁹ Auch der DSA sieht die Möglichkeit zur Schaffung solcher freiwilliger Industriestandards und Verhaltenskodizes in Art. 44 ff. DSA ausdrücklich vor. Diese freiwilligen Regelwerke, die unter der Leitung der europäischen Behörden erarbeitet werden, bieten dem Hoheitsträger zum Einen eine die Möglichkeit, ausgewogene Regeln zu entwickeln, welche die einschlägige Rspr. und wissenschaftliche Diskussion berücksichtigen. Sie schaffen zudem Transparenz und ihre periodische Evaluation bietet die Möglichkeit zur stetigen Anpassung und Fortentwicklung des Regelungskonzepts. Freiwillige Verhaltenskodizes bieten auch deutlich mehr Flexibilität als gesetzliche Regelungen, da sie nicht dem schwerfälligen ordentlichen Gesetzgebungsverfahren unterliegen. AGB-Klauseln, die auf der Grundlage solcher freiwilliger Kodizes eingeführt würden, könnten auch weiterhin vollumfänglich von den Gerichten kontrolliert

⁷¹⁷ *Schwartmann*, NJW 2022, 133, 137 f.

⁷¹⁸ Calliess/Ruffert/Ruffert, Art. 288 AEUV, Rn. 97.

⁷¹⁹ Vgl. etwa den Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation, COM (2018) 236 final.

werden, sodass die Interessenabwägung nicht durch eine verbindliche gesetzliche Regelung präkludiert wäre. Für die Intermediäre bietet der Anschluss den Vorteil, dass die Vorgaben des Kodex aufgrund der staatlichen Mitwirkung mit hoher Wahrscheinlichkeit im Einklang mit den gesetzlichen Regelungen stehen. Der Intermediär minimiert so sein Haftungsrisiko und schont Ressourcen, die zur Entwicklung von eigenen, rechtssicheren AGB nötig wären.

Insgesamt erscheint es deshalb empfehlenswert, die Idee der „Muster-AGB“ auf europäischer Ebene entweder als Durchführungsempfehlung gem. Art. 291 Abs. 2 AEUV oder im Rahmen eines staatlich ausgearbeiteten, freiwilligen Verhaltenskodex gem. Art. 45 DSA umzusetzen.

2. Konkrete Ausgestaltung

Unabhängig von der angewendeten Regelungstechnik stellt sich natürlich die Frage nach der genauen inhaltlichen Ausgestaltung einer solchen Muster-AGB-Klausel. *Schwartmann* bietet hier einen konkreten Formulierungsvorschlag an⁷²⁰, der als Ausgangspunkt der folgenden Überlegungen dienen soll.

Grundlage für die Formulierung der Klausel ist die Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen von Anbietern und Nutzern, die auch der umfangreichen Rspr. zu den einschlägigen Löschklauseln zugrunde liegt.⁷²¹ Nach hier vertretener Ansicht müssen die eigenen Interessen des Anbieters, der ein öffentliches Kommunikationsforum eröffnet, dabei weitestgehend hinter das Gebot der individuellen Meinungsfreiheit zurücktreten. Zulässige, nicht strafbare Meinungsäußerungen sind demnach zu tolerieren, soweit sie nicht aufgrund ihrer anstößigen Formulierung und Wiederholung eine ernstzunehmende Beeinträchtigung des Geschäftsbetriebs des Anbieters erwarten lassen. Die Löschklausel sollte deshalb vorrangig an die Form einer Meinungsäußerung anknüpfen, nicht aber an den meinungsrelevanten Inhalt der Äußerung.⁷²²

Dieselbe Wertung legt auch *Schwartmann* zugrunde, der formuliert: „Menschen, die sich hier äußern ist es zum Schutz der Rechte anderer verboten, hier die Fassung zu verlieren und *unangemessene Umgangsformen* zu wählen. Das bedeutet konkret: *Strafbare Handlungen sind hier verboten*. Ob eine Aussage jenseits des Strafrechts gestattet ist, richtet sich *nicht nach deren Inhalt, sondern nach der Form* ihrer Äußerung. Alle nicht strafbaren Inhalte sind *grundsätzlich erlaubt*.“ [H.d.V.] Dieser Teil dürfte den Kern einer jeden zulässigen Löschklausel ausmachen. Positiv hervorzuheben ist insbesondere, dass kontroverse und unscharfe Begrifflichkeiten wie „Hassrede“ oder „Fake News“ konsequent vermieden werden.

Für sich genommen ist aber auch eine Formulierung wie „unangemessene Umgangsform“ noch zu unbestimmt, um die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Meinungsäußerung zu ziehen. Die Klausel ist deshalb um konkrete Beispiele zu ergänzen, die die Abgrenzung

⁷²⁰ *Schwartmann*, NJW 2022, 133, 136 f.

⁷²¹ Teil II. A. II. 3. c) bb) (2) (c).

⁷²² Vgl. *Holznapel*, CR 2019, 518, 522; *Raue*, NJW 2022, 209, 211.

erleichtern. *Schwartmann* formuliert: „Konkret darf man andere Menschen oder Haltungen *ohne besonderen Grund neutral ablehnen*. („Ich mag A nicht“/„Ich mag Weltanschauung X nicht“/„Ich finde A doof“ ist erlaubt. „A ist gehirnampuiert“ ist verboten.) Man darf Menschen auch *unter Verzicht auf Neutralität scharf kritisieren*. Wenn man scharfe und überspitzte Kritik übt, ist es aber besonders wichtig und schwierig sachlich zu bleiben, die Form zu wahren und Menschen *nicht persönlich anzugreifen*. Wir achten deshalb darauf, dass man einen *sachlichen Grund* für seine Aussage benennt. („Ich finde A völlig unzumutbar, weil er Fakten ignoriert“ ist erlaubt.) Ein Sachargument liegt jedenfalls dann nicht mehr vor, wenn die *Diffamierung eines anderen den Charakter einer Äußerung nicht nur unwesentlich prägt*. („A ist gehirnampuiert, weil er Fakten ignoriert“ ist verboten.)“ [H.d.V.]

Zugegebenermaßen lässt sich bezweifeln, ob eine solche Formulierung, der man ihre Orientierung an juristischen Obersätzen deutlich ansieht („...nicht nur unwesentlich prägt“), tatsächlich ausreichend transparent und für den durchschnittlichen Nutzer nachvollziehbar ist. Letztlich sind wegen der unbegrenzten Vielfalt an möglichen Lebenssachverhalten aber gewisse Generalisierungen und abstrakte Formulierungen unumgänglich. Gewissermaßen wird das Problem der richtigen Anwendung der Klausel damit lediglich auf die Ebene der Ausübungskontrolle verschoben. Auch diese Folge lässt sich jedoch kaum vermeiden, da die Subsumtion unter abstrakte Tatbestandsmerkmale immer einen gewissen Beurteilungsspielraum mit sich bringt. Auch eine Klausel, die zu viele unterschiedliche Beispiele aufführt, droht, unübersichtlich und intransparent zu werden.⁷²³ Im Bereich der Meinungsäußerungen wird daher immer ein gewisser Beurteilungsspielraum beim Anwender der Klausel bleiben, der jedoch durch die gerichtliche Ausübungskontrolle hinreichend abgedeckt werden kann.

Nach der neuen Rspr. des BGH ist in den Nutzungsbedingungen außerdem ein verbindliches Verfahren vorzusehen, innerhalb dessen die von der Entfernung oder Sperrung betroffenen Nutzer Stellung nehmen können.⁷²⁴ Eine entsprechende Regelung zur Begründung der Entscheidung und Möglichkeit zur Gegenvorstellung fehlt im Vorschlag von *Schwartmann*. Da die entsprechenden Rechte in naher Zukunft durch die Vorschriften des DSA (Art. 17, 20, 21, 23) ausführlich geregelt werden sollen, dürfte künftig wohl ein Verweis auf die Rechte der Nutzer nach diesen Vorschriften ausreichen.

3. Ergebnis und eigener Formulierungsvorschlag

Grundsätzlich verdient der Vorschlag, durch eine Art „Muster-AGB“ präventiven Einfluss auf die Gestaltung der Nutzungsbedingungen durch die Intermediäre zu nehmen, Zustimmung. Bei der Auswahl der Regelungstechnik sollte jedoch vermieden werden, eine unflexible, verbindliche

⁷²³ Vgl. zur „Hassrede“-Klausel von Facebook LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 104 ff.

⁷²⁴ BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 92 ff.

Regelung zu schaffen. Vorzugswürdig erscheint eine Lösung durch Verhaltensempfehlungen, welche die Intermediäre auf freiwilliger Basis übernehmen können und die weiterhin durch die Gerichte überprüfbar sind. Da das Problem des Grundrechtsschutzes im Rahmen von Nutzungsbedingungen künftig in Art. 14 Abs. 4 DSA verankert ist und europaweite Relevanz besitzt, sollten die „Muster-AGB“ auf Unionsebene umgesetzt werden, beispielsweise durch eine Durchführungsempfehlung zum DSA gem. Art. 291 Abs. 1 AEUV oder einen Verhaltenskodex gem. Art. 45 DSA.

Auch der Formulierungsvorschlag von *Schwartzmann* verdient Zustimmung in seiner grundlegenden Wertung und Struktur. Um die Klausel jedoch möglichst transparent zu gestalten und die Rspr. des BGH zu berücksichtigen, wird an dieser Stelle eine leicht abgespeckte und übersichtlichere Variante der Formulierung angeboten:

„Unsere Plattform bietet ein auf Neutralität und Gleichbehandlung verpflichtetes, offenes Kommunikationsforum. Wir achten die Meinungsfreiheit ebenso wie das Persönlichkeitsrecht aller. Um für alle Beteiligten eine angemessene Gesprächsatmosphäre zu gewährleisten, gelten auf unserer Plattform folgende Regeln:

Grundsätzlich sind alle Meinungsäußerungen, die keine Straftaten darstellen, zulässig. Wir behalten es uns jedoch vor, Meinungsäußerungen zu löschen, die in einer *unangemessenen Form* vorgebracht werden und dadurch nachhaltig die Gesprächsatmosphäre auf unserer Plattform beeinträchtigen. Eine unangemessene Form der Meinungsäußerung liegt vor, wenn jemand einen anderen oder eine Gruppe von Personen *persönlich angreift, ohne dafür einen sachlichen Grund anzuführen*. Das ist insbesondere der Fall, wenn die angegriffenen Personen mit Schimpfwörtern oder abfälligen Äußerungen diffamiert werden und diese *Diffamierung den Schwerpunkt der Meinungsäußerung ausmacht*.

Unangemessene Umgangsformen sehen wir zum Beispiel in folgenden Aussagen: „Ich mag X nicht, weil er/sie völlig gestört ist“, „Die politische Position von X gefällt mir nicht. Er/Sie ist offensichtlich völlig gestört.“, „Es macht keinen Sinn mit Angehörigen der Gruppe X zu sprechen, weil sie alle gestört sind“, „Angehörige der Gruppe X sind alle Verbrecher“.

Noch angemessen sind hingegen Formulierungen wie: „Ich mag X nicht, weil er/sie sich völlig unangemessen verhält“, „Die politische Position von X gefällt mir nicht, weil sie ein echtes Problem für unsere Gesellschaft ist.“, „Angehörige der Gruppe X ignorieren ständig die Fakten“, „Ich habe Angst vor Angehörigen der Gruppe X, weil es schon viele Straftaten solcher Leute gab.“

Wenn wir uns entscheiden, Meinungsäußerungen nach diesen Bestimmungen zu löschen, informieren wir die betroffenen Nutzer über unsere Entscheidung im Einklang mit den gesetzlichen Bestimmungen der Europäischen Union (Art. 17 DSA). Wenn die betroffenen Nutzer mit dieser

Entscheidung nicht einverstanden sind, stehen ihnen die gesetzlich geregelten Rechte gegen diese Entscheidung zu (Art. 20, 21 DSA).“

Nach hier vertretener Ansicht ist es vorzugswürdig, die Klausel eher kürzer und abstrakt-generalisierend auszugestalten und nicht zu viele Beispiele aufzunehmen. Im Extremfall führt eine Vielzahl von Beispielen nämlich, wie im Falle der „Hassrede“-Klausel von Facebook dazu, dass diese unübersichtlich oder in sich widersprüchlich werden kann.⁷²⁵ Auf diese Weise bleibt ein gewisser Beurteilungsspielraum bei der Anwendung der Klausel auf konkrete Sachverhalte, der jedoch im Rahmen der Ausübungskontrolle auch gerichtlich überprüfbar bleibt. Trotzdem sind einige Beispiele unerlässlich, um die Bestimmtheit und Transparenz der Klausel zu gewährleisten

IV. Schutz durch Verfahrensrechte

Da die Intermediäre die Kommunikation auf ihren Plattformen im eigenen Interesse moderieren und durch das NetzDG zusätzliche Anreize zum schnellen Löschen von Inhalten gesetzt wurden, stellt „Overblocking“ durch Plattformanbieter nach wie vor eine reale Gefahr für die öffentliche Meinungsbildung dar. Als effektivster Weg zur Abwehr von unberechtigten Eingriffen hat sich die zivilrechtliche Klage des betroffenen Nutzers gezeigt, die aufgrund der komplexen Rechtslage jedoch ein erhebliches Prozessrisiko beinhaltet und im Verhältnis zu dem angestrebten ideellen Vorteil oft einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellen wird.⁷²⁶ Das führt dazu, dass rein faktisch die unternehmerischen Interessen der Intermediäre bevorteilt werden und deshalb bei diesen ein Übergewicht an Meinungsmacht entsteht.

Um die praktische Geltendmachung von Nutzerinteressen zu erleichtern, sind unterschiedliche Wege denkbar. Grundsätzlich stellt die behördliche Aufsicht der Landesmedienanstalten über die Intermediäre nach dem MStV bereits eine Erleichterung in dieser Hinsicht dar, da durch einen Antrag auf behördliches Einschreiten gegen eine Diskriminierung gem. § 94 Abs. 3 MStV unter Umständen mit geringem Kostenrisiko eine Entscheidung erwirkt werden kann und insoweit der verwaltungsrechtliche Untersuchungsgrundsatz (§ 24 VwVfG) gilt. Allerdings hat der Nutzer im behördlichen Verfahren auch weniger Einflussmöglichkeiten auf den Inhalt und die Schnelligkeit der Entscheidung als im einstweiligen Verfügungsverfahren vor den Zivilgerichten. Aufgrund des behördlichen Ermessens sind zudem die Möglichkeiten des Nutzers, die gewünschte Maßnahme gerichtlich zu erzwingen, deutlich eingeschränkt.⁷²⁷ Hinzu kommt, dass bei Inkrafttreten des DSA voraussichtlich die Aufsichtsbefugnis der deutschen Behörden durch das Herkunftslandprinzip des Art. 56 DSA abgelöst würde. Gegen die Aufsichtsbehörde eines anderen Mitgliedsstaates bestünde dann kein durchsetzbarer individueller Anspruch auf behördliches Einschreiten mehr.

⁷²⁵ Vgl. LG Köln v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, Rn. 104 ff.

⁷²⁶ Teil III. A. IV. 2.

⁷²⁷ Teil III. A. IV. 2. b).

Die praktische Durchsetzung von Nutzerinteressen kann auch durch außergerichtliche Verfahren erleichtert werden, mit denen Streitigkeiten um Löschungen schneller und kostengünstiger gelöst werden können als im gerichtlichen Verfahren.⁷²⁸ Auch in dieser Hinsicht geht der DSA mit der Beschwerdemöglichkeit gem. Art. 20 DSA und dem Streitbeilegungsverfahren gem. Art. 21 DSA den richtigen Weg. Diese Verfahren würden bei Inkrafttreten der Verordnung die bestehenden Verfahren nach §§ 3b, 3c NetzDG ersetzen. Zu begrüßen ist dabei insbesondere die Ausgestaltung des Streitbeilegungsverfahrens nach Art. 21 DSA, das für den Anbieter verpflichtend ist und das Kostenrisiko der Nutzer minimiert. Nur durch ein solches verpflichtendes Verfahren, bei dem die Hemmschwelle für den Nutzer aufgrund der eindeutigen Kostenregelung niedriger als im gerichtlichen Verfahren ist, kann eine effektive Verbesserung von Abwehrmöglichkeiten herbeigeführt werden. Der Kommissionsentwurf des DSA ging an dieser Stelle sogar noch einen Schritt weiter, indem er die Entscheidung der Schlichtungsstelle für den Plattformanbieter verbindlich machte. Eine solche Bindungswirkung würde das Streitbeilegungsverfahren zu einer nahezu gleichwertigen Alternative zur Wiederherstellungsklage machen, die für die Nutzer deutlich schneller und billiger möglich wäre. Allerdings würden die Rechte der Anbieter auf ein rechtsstaatliches Verfahren dadurch erheblich verkürzt, da sie von einer privaten Stelle in einem nur mittelbar staatlich legitimierten Verfahren zu bestimmten Verhaltensweisen verpflichtet werden könnten. Da die Nutzer zwischen verschiedenen Schlichtungsstellen wählen können, hat der Anbieter auch keine Einflussmöglichkeit darauf, welche Stelle über die Streitigkeit entscheidet. Das würde letztlich dazu führen, dass das Recht des Anbieters auf einen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, Art. 47 Abs. 2) gravierend eingeschränkt wird. Die nun gewählte Lösung (Pflicht zur Teilnahme, keine Bindungswirkung) ist daher als ausgewogene Entscheidung zu beurteilen, welche auch die Rechte der privaten Anbieter angemessen berücksichtigt.

Eine Voraussetzung für die Geltendmachung der eigenen Rechte ist zunächst das Bewusstsein der tatsächlich bestehenden Abwehrmöglichkeiten gegen unberechtigte Eingriffe. Die Etablierung von effektiven Verfahrensrechten müsste also auch mit einer Stärkung des Bewusstseins für die vorhandenen rechtlichen Abwehrmöglichkeiten einhergehen. Dieses Ziel kann durch eine ausführliche Begründungspflicht bei Eingriffen, wie sie Art. 17 DSA vorsieht, verwirklicht werden. Die Besonderheit dieser neuen Vorschrift liegt darin, dass die Nutzer bei jedem Eingriff in ihre Inhalte nicht nur über außergerichtliche Abhilfemöglichkeiten informiert werden müssen, sondern auch über die zur Verfügung stehenden gerichtlichen Rechtsbehelfe, insbesondere die zivilrechtliche Wiederherstellungsklage. So wird verhindert, dass bei betroffenen Nutzern ein Eindruck der Machtlosigkeit gegen die Entscheidungen der großen Intermediäre entsteht und die tatsächlich vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten effektiv genutzt werden können.

⁷²⁸ Ebenso *Raue*, NJW 2022, 209, 213 f.

Mit der gesetzlichen Etablierung von Verfahrensrechten zum einseitigen Schutz der Nutzer wird das zweiseitige zivilrechtliche Verhältnis zwischen Plattformanbieter und -nutzer dem Rechtsverhältnis zwischen Staat und Bürger angeglichen. Dieser allgemeine Trend in der Regulierungspraxis spiegelt sich auch in der Rspr. des BGH und des BVerfG wider, welche aus der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte beim Plattformnutzungsvertrag Begründungs- und Abmahnpflichten herleiten.⁷²⁹ Eine solche „Prozeduralisierung zivilrechtlicher Rechtsverhältnisse“⁷³⁰ wird in der Literatur teilweise scharf kritisiert⁷³¹, wobei hervorgehoben wird, dass die Rspr. damit eine *unmittelbare* Drittwirkung im zweiseitigen Vertragsverhältnis etabliert, die grundsätzlich nur bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen gerechtfertigt sei.⁷³²

Gleichwohl sind dem Zivilrecht besondere Verfahrensrechte auch in zweiseitigen Vertragsverhältnissen keineswegs fremd und zwar insbesondere dort, wo einer der beiden Vertragsteile aufgrund seiner Abhängigkeit vom anderen Teil besonders schutzbedürftig ist. Hervorzuheben sind dabei insbesondere das Recht des Arbeitsvertrages und der Wohnraummiete. Auch bei diesen Vertragstypen sind zum Beispiel Begründungspflichten (§§ 569 Abs. 4, 573 Abs. 2, 626 Abs. 2 S. 3 BGB, § 22 Abs. 3 BBiG), Abmahnerfordernisse⁷³³ oder besondere Widerspruchsverfahren (§ 574 ff. BGB, § 3 KSchG) vorgesehen, welche einen Ausfluss des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses darstellen⁷³⁴ und dem systemisch benachteiligten Vertragsteil die Wahrung seiner Rechte erleichtern sollen.

Auch im Plattformnutzungsverhältnis kann im Hinblick auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung eine vergleichbare Abhängigkeit und Schutzbedürftigkeit der Nutzer bestehen. Hinzu kommt die Erstentscheidungsmöglichkeit des Anbieters bei Löschungen⁷³⁵ und die daraus resultierende faktische Benachteiligung der Nutzer bei der Geltendmachung ihrer Interessen. Es erscheint deshalb auch in diesen Vertragsverhältnissen angemessen, den strukturell benachteiligten Nutzern die Wahrung ihrer Interessen durch entsprechende Verfahrensrechte zu erleichtern.⁷³⁶ Das Plattformnutzungsverhältnis lässt sich dabei aufgrund des Netzwerkcharakters der meisten Plattformen durchaus als multipolares Grundrechtsverhältnis charakterisieren⁷³⁷, sodass die gesetzliche Garantie von Verfahrensrechten aus Sicht des Staates als Erfüllung seiner Pflicht zur Gewährleistung eines gerechten Interessenausgleichs zwischen Privaten⁷³⁸ gesehen werden kann.

729 BVerfGE 148, 267, Rn. 46 - "Stadionverbot"; BGH v. 29.07.2021 – III ZR 179/20, Rn. 85 ff.

730 *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981, 990.

731 *Hellgardt*, JZ 2018, 901.

732 *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 908 ff.

733 Str. bei § 573 BGB, vgl. BGH NJW 2008, 508, MüKoBGB/Häublein, § 573, Rn. 66 f.; St. Rspr. bei verhaltensbedingter Kündigung im Arbeitsrecht, BAG v. 19.04.2012 – 2 AZR 258/11.

734 Vgl. *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981, 991.

735 *Eifert*, NJW 2017, 1450, 1451.

736 Ebenso *Raue*, NJW 2022, 209, 213 f.; vgl. *Holzner*, CR 2019, 518, 522.

737 Vgl. *Hennemann/Heldt*, ZUM 2021, 981, 990 f.

738 Vgl. *Hellgardt*, JZ 2018, 901, 906.

D. Schonende Ausübung unionsrechtlicher Kompetenzen

Die Kommission stützt ihren Gesetzesentwurf für den DSA auf die Gesetzgebungskompetenz des Art. 114 AEUV. Die vorliegende Untersuchung hat jedoch gezeigt, dass die Voraussetzungen für eine Binnenmarktharmonisierung nicht problemlos für alle Vorschriften des DSA bejaht werden können.⁷³⁹ Außerdem erscheint die Regulierung durch eine unmittelbar geltende Verordnung, gemessen an den Prinzipien der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit des Art. 5 Abs. 3, Abs. 4 EUV, nicht als angemessen.⁷⁴⁰ Da mit dem DSA eine Vollharmonisierung der geregelten Rechtsmaterie angestrebt wird, wird die Geltung der Verordnung zur Unanwendbarkeit des NetzDG und der §§ 93, 94 MStV führen und die Möglichkeiten der Mitgliedstaaten zum Erlass von weitergehenden Vorschriften im Interesse der Meinungsvielfalt werden so erheblich eingeschränkt.⁷⁴¹ Um einen zu starken Eingriff in die Souveränität der Mitgliedstaaten zu vermeiden, wären deshalb eine Reihe von Veränderungen am derzeitigen Regulierungskonzept des DSA angezeigt gewesen.

I. Keine erweiterte Regulierung großer Intermediäre durch Art. 34 - 37 DSA

Zum Einen kann das ambitionierte neue Regulierungssystem für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 - 37 DSA nicht auf eine Gesetzgebungskompetenz der Union gestützt werden. Das gilt ebenso für die ausschließliche Zuständigkeit der Kommission bei der Durchsetzung der vorgenannten Vorschriften gem. Art. 56 Abs. 2 DSA.

Es mag verlockend erscheinen, den neuen strukturellen Problemen, welche der Machtzuwachs bei den großen, international agierenden Online-Intermediären mit sich bringt, zu begegnen, indem man diese Intermediäre auf supranationaler Ebene dazu verpflichtet, Rechenschaft über die gesellschaftlichen Konsequenzen ihres Geschäftsmodells abzulegen und selbst für eine Verminderung der hiermit verbundenen Risiken zu sorgen. Mit einem solchen groß angelegten, neuartigen Regulierungssystem überschreitet die Union jedoch ihre Kompetenzen zur Gewährleistung des freien Wirtschaftsverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten und greift in den Bereich der allgemeinen Sicherheitspolitik über. Die Union ist aber nicht dazu berufen, unmittelbare und allgemeingültige Vorschriften zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung in den Mitgliedstaaten zu erlassen. Insbesondere ist die Union nicht unmittelbar zuständig für den Schutz der öffentlichen Meinungsbildung im Bereich der Medien.⁷⁴² Diese Aufgabe bleibt vielmehr den Mitgliedstaaten zugewiesen, wobei das öffentliche Medienrecht in Deutschland traditionell Ländersache ist.

⁷³⁹ Teil III. B. I. 1.

⁷⁴⁰ Teil III. B. I. 2.

⁷⁴¹ Teil III. B. IV.

⁷⁴² Paal, *Intermediäre*, 2016, S. 35 f.

Überdies lässt sich auch in Frage stellen, ob ein solche Kontrolle der strukturellen Gefahrenpotentiale der großen Intermediäre neben den Vorschriften zu Beschwerdeverfahren, Transparenzpflichten, Interessenausgleich, usw. überhaupt notwendig ist, um den bestehenden Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung⁷⁴³ zu begegnen. Nach der hier vertretenen Auffassung lässt sich die Gefahr der Verbreitung rechtswidriger Inhalte hinreichend durch eine Kombination aus Meldeverfahren und Entfall der Haftungsprivilegierung (vgl. Art. 4 ff., 16 DSA) vermindern, da die Intermediäre bereits genug Eigeninitiative bei der Durchsetzung ihrer Nutzungsbedingungen zeigen. Demgegenüber können die Nutzer vor unberechtigten Eingriffen in ihre Kommunikationsgrundrechte geschützt werden, indem diese Grundrechte auch bei der zivilrechtlichen Inhalts- und Anwendungskontrolle von Löschbefugnissen berücksichtigt werden (vgl. § 307 Abs. 1 BGB, Art. 14 Abs. 4 DSA). Die Möglichkeit zur effektiven Rechtsdurchsetzung wird durch die Pflicht zur Begründung und „Rechtsbehelfsbelehrung“ bei Löschungen (vgl. Art. 17 DSA) sowie durch wirkungsvolle außergerichtliche Verfahren (vgl. Art. 20, 21 DSA) gewährleistet. Auch den Gefahren für die Meinungsvielfalt durch algorithmischen Selektionslogiken kann durch entsprechende Transparenzpflichten und Diskriminierungsverbote (vgl. §§ 93, 94 MStV, Art. 14 Abs. 1, 27, 38 DSA) wirksam begegnet werden. Bisher gibt es keine ernsthaften Gründe zu der Annahme, dass die Einhaltung dieser Pflichten durch die großen Intermediäre nur durch eine Überwachung auf Unionsebene sichergestellt werden kann. Im Ergebnis erscheint es somit nicht erforderlich, die großen Intermediäre darüber hinaus noch einem weiteren Regulierungssystem auf supranationaler Ebene zu unterwerfen, das den Intermediären obendrein aufgrund seiner Ausgestaltung die Möglichkeit eröffnet, durch ihre Risikoanalysen weitreichende Eingriffe in den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung zu legitimieren.

Da der DSA inzwischen in Kraft getreten ist, würde die hier geforderte Anpassung eine nachträgliche Änderung der Verordnung voraussetzen, womit realistisch vorerst nicht zu rechnen ist. Die Problematik der mangelnden Gesetzgebungskompetenz bleibt jedoch bestehen und dieser Kritikpunkt sollte auch im Rahmen künftiger Diskussionen über die Regulierung der großen Intermediäre nach Art. 34 – 37 DSA, die sich mit zunehmender Anwendungserfahrung sicherlich ergeben werden, nicht außer Betracht bleiben.

II. Richtlinie statt Verordnung

Alle im vorstehenden Absatz beschriebenen Vorschriften können grundsätzlich auch von den Mitgliedstaaten selbst erlassen werden und wurden beispielsweise in Deutschland bereits in verschiedenen Regelwerken umgesetzt. Der Schutz der öffentlichen Meinungsbildung, Medienvielfalt und individuellen Grundrechte erfordert grundsätzlich keine grenzüberschreitende Regulierung durch die Union, sondern kann von den Mitgliedstaaten ebenso wirksam umgesetzt

⁷⁴³ Teil I. B. II.

werden.⁷⁴⁴ Auch die Umsetzung des unionsrechtlichen Ziels der Binnenmarktharmonisierung setzt nicht zwingend den Erlass einer unmittelbar geltenden Verordnung voraus. Es wäre stattdessen auch möglich gewesen, durch eine Richtlinie relativ detaillierte Vorgaben für die Ausgestaltung der entsprechenden Vorschriften im nationalen Recht zu machen und auf diesem Weg einer Rechtszersplitterung vorzubeugen.⁷⁴⁵ Durch die Festlegung von Mindest- oder Maximalstandards bei bestimmten prozeduralen Pflichten hätten die potentiellen Compliance-Kosten für grenzüberschreitend tätige Anbieter vermindert werden können. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein Funktionieren des Binnenmarktes nicht zwingend voraussetzt, dass ein Anbieter überhaupt keine Modifizierung seines Angebots in unterschiedlichen Mitgliedstaaten vornehmen muss. Es muss lediglich vermieden werden, dass echte Beschränkungen des *Marktzugangs* in einzelnen Mitgliedstaaten entstehen. Auch das Verhältnis und die Befugnisse der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden hätten im Wege einer Richtlinie geregelt werden können, vgl. nur das Herkunftslandprinzip in Art. 3 ECRL. Nach hier vertretener Ansicht wäre deshalb eine möglichst weitgehende Schonung der mitgliedstaatlichen Souveränität durch den Erlass einer Richtlinie zu empfehlen gewesen. Mit dem Inkrafttreten des DSA als unmittelbar geltende Verordnung sind insoweit vollendete Tatsachen geschaffen, die jedoch das grundlegende kompetenzielle Problem hinter dem europäischen Gesetz nicht aus der Welt räumen.

III. Öffnungsklausel für nationale Vielfaltssicherung

Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts und die Sperrwirkung des Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV haben zur Folge, dass die Mitgliedstaaten mit Geltung des DSA keine weitergehenden Pflichten für Intermediäre mehr statuieren könnten und damit erheblich in ihrer Kompetenz zur Sicherung der medialen Meinungsvielfalt eingeschränkt werden. Im Falle des deutschen Rechts betrifft das insbesondere die Vorschriften der §§ 93, 94 MStV, da die entsprechenden Vorschriften des DSA (Art. 14 Abs. 1, 27, 38 DSA) Anwendungsvorrang genießen. Auch im Bereich der digitalen Medien sollten die Mitgliedstaaten allerdings die Möglichkeit behalten, flexibel auf spezifische Anforderungen und Probleme ihrer nationalen Medienmärkte reagieren zu können.⁷⁴⁶ Es ist daher zu empfehlen, den DSA zumindest um eine Öffnungsklausel zu ergänzen, die es den Mitgliedstaaten ausdrücklich erlaubt, weitergehende Vorschriften zum Schutz der Meinungsvielfalt in ihren nationalen Medienmärkten vorzusehen und diese auch durch eigene Aufsichtsbehörden überwachen zu lassen. Zu begrüßen ist jedoch, dass die Transparenzpflichten hinsichtlich algorithmischer Selektionsmechanismen gem. Art. 27 DSA auf alle Online-Plattformen ausgedehnt wurde, sodass nun auch Intermediäre mit national begrenzten Zielgruppen hiervon umfasst werden.

⁷⁴⁴ Teil III. B. I. 2. a).

⁷⁴⁵ Teil III. B. I. 2. b).

⁷⁴⁶ Vgl. *Beaujean*, MMR 2021, 669.

Teil V: Zusammenfassung der Ergebnisse

Das Ziel der vorliegenden Untersuchung war es, das Gesamtsystem der aktuellen Intermediärsregulierung nach seiner Übereinstimmung mit den verfassungsrechtlichen Maßstäben eines demokratischen Meinungsbildungsprozesses zu überprüfen. Durch eine Untersuchung der Friktionen zwischen den verschiedenen Regulierungsmaßnahmen sollte festgestellt werden, inwieweit das Gesamtkonzept der aktuellen Regulierung in Deutschland und der EU bereits hinreicht, um den Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung, welche durch die Intermediäre begründet werden, zu begegnen. Die wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung sollen im Folgenden noch einmal zusammengefasst werden:

Auf der Ebene der Zielvorstellungen hat sich gezeigt, dass ein abstrakter Konflikt zwischen einem inhaltsspezifischen Steuerungsansatz, wie er hinter dem NetzDG steht, und dem inhaltsneutralen Zugriff besteht, den der MStV und die Rspr. zur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte im Plattformnutzungsverhältnis verfolgen.⁷⁴⁷ Die intendierten Wirkungen dieser Maßnahmen stehen im Widerspruch zueinander, da mit dem NetzDG die Unterdrückung bestimmter Meinungsäußerungen mit vermeintlich schädlichem oder gefährlichem Inhalt bezweckt wird, was nach der Rspr. des BVerfG gegen das Prinzip der Meinungsfreiheit selbst verstößt. Nach der hier zugrunde gelegten Definition von Friktionen⁷⁴⁸ liegt somit eine Friktion vom Typ (1) vor. Durch einen inhaltsspezifischen Zugriff kann zwar theoretisch die Gefahr des Missbrauchs der Intermediäre zur Verbreitung rechtswidriger Inhalte eingedämmt werden. Wenn jedoch mit unscharfen Begrifflichkeiten wie „Hassrede“ und „Fake News“ die Grenzen zwischen strafbaren Inhalten und zulässigen Meinungsäußerungen verwischt wird, besteht gerade die Gefahr, dass solche Maßnahmen zu einem „Overblocking“ führen und zu viel Meinungsmacht bei den Intermediären gebündelt wird. Die Vermeidung solcher Zielkonflikte setzt voraus, dass der Gesetzgeber besondere Vorsicht walten lässt, wenn er einen inhaltsspezifischen Steuerungsansatz wählen will.⁷⁴⁹ Dabei ist insbesondere auf die unreflektierte Übernahme unscharfer, kontroverser Begrifflichkeiten aus der gesellschaftlichen Debatte zu verzichten, ohne diese kritisch anhand etablierter rechtlicher Maßstäbe zu hinterfragen.

Auf der Ebene der Anwendungsbereiche hat sich ergeben, dass sowohl die quantitativen Schwellenwerte als auch die qualitativen Bestimmungen der Schutzbereiche in den untersuchten Regelwerken nicht an einheitliche Kriterien anknüpfen, welche zuverlässig die wirkliche Meinungsbildungsrelevanz der jeweiligen Plattformen oder Inhalte abbilden.⁷⁵⁰ Die vielfältigen Kombinationsmöglichkeiten der verschiedenen Regeln, die keiner übergeordneten Systematik folgen, können vor allem bei kleineren Plattformen zu Schutzlücken führen. Es kann somit eine

747 Teil III. A. I.

748 Teil I. A. IV. 3.

749 Teil IV. A.

750 Teil III. A. II.

Friktion vom Typ (3) identifiziert werden. Die uneinheitlichen Anwendungsbereiche führen dazu, dass teilweise meinungsbildungsrelevante Inhalte nicht hinreichend vor unberechtigten Eingriffen durch die Intermediäre geschützt werden, obwohl sie einen solchen Schutz verdient hätten. Der intendierte Schutz der objektiven Meinungsvielfalt und die angestrebte Konkordanz von Grundrechtspositionen wird somit nur unzureichend verwirklicht. Innerhalb des deutschen Rechts könnte diese Friktion durch eine Vereinheitlichung der Anwendungsbereiche in den verschiedenen Regelwerken beseitigt werden, wobei als entscheidendes Kriterium die Meinungsbildungsrelevanz der jeweiligen Plattform herangezogen werden sollte; außerdem ist eine einheitliche Zählung der Nutzer durch gesetzliche Vorgaben sicherzustellen.⁷⁵¹ Letztlich verliert die Problematik jedoch durch das Inkrafttreten des DSA deutlich an Relevanz, da dieser ein eigenes System von hierarchisch abgestuften Anwendungsbereichen einführt, welches die deutschen Vorschriften weitgehend überlagert, und auch die einheitliche Ermittlung der relevanten Nutzerzahlen regelt.⁷⁵²

Die Überprüfung der materiellen Verfassungsmäßigkeit des NetzDG hat gezeigt, dass das Gesetz auch nach seiner Novellierung noch immer einen einseitigen Anreiz zum „Overblocking“ begründet und damit die besseren Argumente für eine Verletzung von Art. 5 Abs. 1 GG sprechen.⁷⁵³ Der abstrakte Konflikt auf der Ebene der Zielvorstellung wird hier zum konkreten Konflikt mit dem Gebot der individuellen Meinungsfreiheit. Das Gesetz wirkt sich somit in summa negativ auf den Prozess der öffentlichen Meinungsbildung aus, sodass eine Friktion vom Typ (1) identifiziert werden kann. Diese Friktion kann letztlich nur durch eine Aufhebung der öffentlich-rechtlichen Löschpflichten des NetzDG überwunden werden.⁷⁵⁴ Mit der Geltung des DSA wird diese Problematik jedoch vorerst gelöst, da die Löschpflichten wegen des Anwendungsvorrangs des Europarechts voraussichtlich nicht mehr greifen.⁷⁵⁵ Das Haftungssystem des DSA, das in einer Kombination des Meldeverfahrens gem. Art 14 DSA mit dem Verlust der Haftungsprivilegierung gem. Art. 6 DSA besteht, stellt nach hier vertretener Ansicht ein geeignetes Mittel dar, um die Verbreitung rechtswidriger Inhalte mittels der Intermediäre einzudämmen, und schafft einen angemessenen Ausgleich zwischen den betroffenen Interessen.

Weiterhin lässt sich feststellen, dass die von den großen Intermediären praktizierte inhaltliche Beschränkung der Meinungsäußerung auf ihren Plattformen dazu führt, dass sich alternative Plattformen etablieren, die sich explizit als Verfechter der Meinungsfreiheit vermarkten. Diese Entwicklung kann die oft befürchtete „kommunikative Fragmentierung“ der Gesellschaft befördern und läuft damit im Ergebnis den Zielvorstellungen des MStV zuwider.⁷⁵⁶ Insofern lässt sich eine Friktion vom Typ (1) konstatieren. Um die Gefahr der Entstehung von „Echokammern“ durch signifikante Abwanderungen von Nutzern zu minimieren, ist zunächst das Bewusstsein der Nutzer

751 Teil IV. B. I.

752 Teil IV. B. II.

753 Teil III. A. III. 1.

754 Teil IV. C. I.

755 Teil III. B. II. 2.

756 Teil III. A. III. 2.

für die bestehenden Abwehrmöglichkeiten gegen unberechtigte Eingriffe von Seiten der Intermediäre zu stärken.⁷⁵⁷ Nach hier vertretener Ansicht spricht diese Gefahr auch für eine stärkere Gewichtung der Nutzerinteressen im Rahmen der Abwägung nach § 307 Abs. 1 BGB.⁷⁵⁸

Im Hinblick auf die praktische Durchsetzung von inhaltlichen Beschränkungen hat sich ergeben, dass die Intermediäre ihre Löschungen ganz überwiegend auf ihre eigenen Nutzungsbedingungen stützen und das NetzDG in der Löschraxis nur eine untergeordnete Rolle spielt.⁷⁵⁹ Als wirkungsvollstes Mittel zur Abwehr unberechtigter Eingriffe in meinungsrelevante Inhalte hat sich die zivilrechtliche Wiederherstellungsklage erwiesen.⁷⁶⁰ Die Anbieter haben gegenüber den Nutzern jedoch einen erheblichen strukturellen Vorteil, da die Erstentscheidung über die Löschung in jedem Fall bei ihnen liegt und die Betreibung eines Klageverfahrens in vielen Fällen einen unverhältnismäßigen Aufwand für die Nutzer darstellen wird. Diese strukturelle Übermacht des Anbieters birgt die ernstzunehmende Gefahr einer „Selbstzensur“ auf Seiten der Nutzer, was sich negativ auf die wahrnehmbare Meinungsvielfalt auswirken und einen zusätzlichen Anreiz zum Rückzug auf alternative Plattformen setzen würde. Insofern liegt eine Friktion vom Typ (3) vor, da die bestehenden Abwehrmöglichkeiten noch nicht geeignet sind, einem „Overblocking“ der Intermediäre wirkungsvoll zu begegnen.

Das Schutzniveau für Nutzer kann insbesondere durch effektive Verfahrensrechte gestärkt werden.⁷⁶¹ Zum Einen kann durch eine Pflicht zur „Rechtsbehelfsbelehrung“ bei Löschungen sichergestellt werden, dass sich die Nutzer ihrer vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten bewusst sind. Eine solche Pflicht enthält nun Art. 17 DSA. Des Weiteren sind effektive außergerichtliche Streitbeilegungsverfahren zu schaffen, durch die Nutzer ihre Interessen schneller und mit geringerem finanziellen Aufwand als bei einem Klageverfahren geltend machen können. Auch insofern erscheinen die Verfahren nach Art. 20, 21 DSA als angemessene Antwort auf die strukturelle Übermacht der Plattformanbieter.

Da sich die Nutzungsbedingungen der Plattformanbieter als Dreh- und Angelpunkt der Einflussnahme auf den Meinungsaustausch im Internet gezeigt haben, empfiehlt es sich ferner, die Formulierung dieser Nutzungsbedingungen nicht alleine den Anbietern zu überlassen, sondern durch die Schaffung von „Muster-AGB“ ein Vorbild für ausgewogene Löschklauseln anzubieten.⁷⁶² Regelungstechnisch sollte diese Maßnahme jedoch am besten auf europäischer Ebene im Wege einer unverbindlichen Empfehlung oder durch Maßnahmen der Regulierten Selbstregulierung umgesetzt werden.

Es fällt auf, dass sich nur wenige der untersuchten Regulierungsmaßnahmen unmittelbar der Bekämpfung von „Fake News“ bzw. Desinformation widmen. Eine Ausnahme bildet lediglich die

⁷⁵⁷ Teil IV. C. IV.

⁷⁵⁸ Teil IV. C. II.

⁷⁵⁹ Teil III. A. IV. 1.

⁷⁶⁰ Teil III. A. IV. 2.

⁷⁶¹ Teil IV. C. IV.

⁷⁶² Teil IV. C. III.

Ausweitung journalistischer Sorgfaltspflichten gem. § 19 Abs. 1 S. 2 MStV. Auch die Diskussion zu Löschklauseln dreht sich im Wesentlichen nur um Verbote von „Hassrede“ und ähnlichem. Nach hier vertretener Ansicht ist der Mangel an imperativer Regulierung in diesem Bereich jedoch nicht als negativ zu bewerten. Auch die Kommunikation von Tatsachen ist in vielen Fällen mit Meinungsäußerungen verknüpft und unterfällt damit regelmäßig dem Schutzbereich von Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG.⁷⁶³ Hinzu kommt, dass das Phänomen der Desinformation im Internet empirisch relativ schwer fassbar bleibt.⁷⁶⁴ Jeder Versuch, durch hoheitliche Einwirkung zusätzlichen Einfluss auf die Intermediäre zur Löschung von Falschnachrichten auszuüben, würde also ein erhebliches Konfliktpotential mit den Kommunikationsgrundrechten beinhalten und potentiell zu weiterem „Overblocking“ führen. Es empfiehlt sich deshalb, in diesem Bereich auf die Selbstregulierung der Intermediäre zu vertrauen und allenfalls Methoden der Regulierten Selbstregulierung, wie die Unterstützung von Verhaltenskodizes, zum Einsatz zu bringen. Auf diesem Wege bleiben die Selbstregulierungsmaßnahmen der Intermediäre stets gerichtlich überprüfbar und können gegebenenfalls durch Rechtsschutzmöglichkeiten der Nutzer austariert werden. Ein Vorschlag für eine solche Maßnahme wäre beispielsweise die Schaffung eines gesetzlichen Rahmens für sogenannte „Faktenchecks“, welcher die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der eingesetzten „Faktenchecker“ garantiert und damit auch ihre Akzeptanz erhöht.

Die Überprüfung der Gesetzgebungskompetenz der EU für den DSA hat gezeigt, dass die Voraussetzungen für eine Binnenmarktharmonisierung gem. Art. 114 AEUV nicht so unproblematisch vorliegen, wie die Begründung des DSA suggeriert.⁷⁶⁵ Insbesondere das neue Aufsichtssystem für sehr große Online-Plattformen gem. Art. 34 - 37 DSA erscheint nicht mehr als Angleichungsmaßnahme zur Verbesserung des Binnenmarktes. Zudem spricht einiges für eine Verletzung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit durch den DSA. Um die Souveränität der Mitgliedstaaten zu schonen, ist deshalb zu empfehlen, die Art. 34 - 37 DSA im Zuge einer Gesetzesänderung aus der Verordnung zu entfernen.

Der Vergleich von DSA und NetzDG hat ergeben, dass der DSA fast durchgängig weitergehende Pflichten für Intermediäre vorsieht.⁷⁶⁶ Die einzige Ausnahme bilden die öffentlich-rechtlichen Löschpflichten des NetzDG, die nicht übernommen werden. Beim Inkrafttreten des DSA würden deshalb praktisch alle Vorschriften des NetzDG, inklusive der Löschpflichten, unanwendbar. Das ist nach hier vertretener Ansicht insofern zu begrüßen, als diese Löschpflichten ohnehin als materiell verfassungswidrig anzusehen sind. Auch im Übrigen ist die Neuregelung des Meldeverfahrens und der außergerichtlichen Streitbeilegung durch den DSA zu begrüßen.

Der Vergleich des DSA mit dem deutschen Zivilrecht zeigt, dass das Schutzniveau des DSA nicht hinter dem deutschen Recht zurückbleibt und teilweise sogar weiterreichende Rechte für

⁷⁶³ Teil III. A. I. 2. c).

⁷⁶⁴ Müller/Denner, Was tun gegen Fake News?, 2019, S. 10 ff., 17.

⁷⁶⁵ Teil III. B. I.

⁷⁶⁶ Teil III. B. II.

Nutzer vorsieht.⁷⁶⁷ Insgesamt führt der DSA somit zu einer spürbaren Stärkung der zivilrechtlichen Rechtsposition von Nutzern gegenüber den Plattformanbietern, was zu der erforderlichen Begrenzung der strukturellen Übermacht der Intermediäre beiträgt .

Im Vergleich von DSA und MStV ergibt sich ein Anwendungsvorrang der europäischen Vorschriften, da die Pflichten der §§ 93, 94 MStV teilweise weitergehen als die korrespondierenden Art. 14, 27, 38 DSA und die Aufsichtsbefugnisse dem Herkunftslandprinzip des Art. 56 Abs. 1 DSA widersprechen.⁷⁶⁸ Dies ist im Hinblick auf die Kompetenzordnung zwischen Union und Mitgliedstaaten problematisch, da die Mitgliedstaaten so die Möglichkeit verlieren, weitergehende Pflichten zur Vielfaltssicherung auf ihren nationalen Medienmärkten zu erlassen. Insoweit liegt eine Friktion vom Typ (2) vor, da durch das Zusammenwirken zweier Schutzvorschriften auf verschiedenen Ebenen eine (wohl unbeabsichtigte) Schutzlücke auf der niedrigeren Ebene entsteht. Um dies zu vermeiden, sollte der DSA um eine Öffnungsklausel ergänzt werden, die es den Mitgliedstaaten ausdrücklich erlaubt, weitergehende Vorschriften zum Schutz ihrer nationalen Medienmärkte zu erlassen.⁷⁶⁹

Abschließend lässt sich feststellen, dass sich bei der Regulierung der Intermediäre im Interesse der öffentlichen Meinungsbildung derzeit noch eine ganze Reihe von Friktionen identifizieren lassen, sowohl innerhalb des deutschen Rechts als auch im Zusammenspiel mit dem Europarecht. Das größte Konfliktpotential ruht dabei in der Frage, inwieweit die Intermediäre zu Eingriffen in den freien Meinungs Austausch auf ihren Plattformen berechtigt sind und wie weit die Abwehrmöglichkeiten gegen solche Eingriffe reichen sollen. Die im DSA vorgesehenen prozeduralen Pflichten für Intermediäre erscheinen als geeignetes Mittel, um einen wesentlichen Teil der identifizierten Friktionen zu überwinden; insofern sind die Regulierungsbestrebungen auf europäischer Ebene durchaus zu begrüßen. Es ist jedoch darauf zu achten, dass durch die europäischen Regeln nicht die Kompetenzen der Union überspannt und die Handlungsspielräume der Mitgliedsstaaten zu stark eingeengt werden. Letztlich wird sich erst in der praktischen Umsetzung der neuen Vorschriften zeigen, wie sich das neue europäische Regulierungskonzept auf die Aktivität der Intermediäre auswirkt. Es wird deshalb auch in den kommenden Jahren Aufgabe der juristischen Diskussion bleiben, das Regulierungsgeschehen zu analysieren, zu begleiten und Fehlentwicklungen zu korrigieren.

767 Teil III. B. III.

768 Teil III. B. IV.

769 Teil IV. D. III.

Literaturverzeichnis

- Beaujean, Daniela* Europäische und nationale Plattformregulierung 4.0 – zwei notwendige Säulen zum Erhalt der Medienvielfalt, MMR 2021, 669
- Beckscher Online-Kommentar VwVfG (Bader / Ronellenfitsch (Hrsg.))* Kommentar zum VwVfG mit VwVg und VwZG, 54. Edition, München, 2022 (zit. BeckOK VwVfG/Bearbeiter)
- Beckscher Online-Kommentar VwGO (Posser / Wolff (Hrsg.))* Kommentar zur VwGO, 60. Edition, München, 2022 (zit. BeckOK VwGO/Bearbeiter)
- Beurskens, Michael* „Hate-Speech“ zwischen Lösungsrecht und Veröffentlichungspflicht, NJW 2018, 3418
- Bittner, Lydia* Verträge über digitale Produkte – der Beginn des digitalen Zeitalters im BGB, VuR 2022, 9
- Bräutigam, Peter* Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken - Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, S. 635
- Bräutigam, Peter / von Sonnleithner, Bernhard* Vertragliche Aspekte der Social Media, in *Hornung / Müller-Terpitz*, Rechtshandbuch Social Media, Berlin, 2015, S. 35 - 77
- Brugger, Winfried* Hassrede, Beleidigung, Volksverhetzung, JA 2006, 687
- Buiten, Miriam* The Digital Services Act: From Intermediary Liability to Platform Regulation, 2021, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3876328>
- Bund-Länder-Kommission zur Medienkonvergenz* Endbericht, 2016, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/473870/07ba875e860ada4556526641bd9151b6/2016-06-14-medienkonvergenz-bericht-blk-data.pdf?download=1>
- Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.)* Kommentar zu EUV und AEUV, 6. Auflage, München, 2022 (zit. Calliess/Ruffert/Bearbeiter)
- Cornils, Matthias* Vielfaltssicherung bei Telemedien, AfP 2018, 377
- Ders.* Intermediärregulierung in der EU. Die neuen Regelungsvorschläge, Mainz, 2018, abrufbar unter <https://www.mainzer-medieninstitut.de/wp-content/uploads/BM>

[G-2018_keynote-cornils-text_endfassung-3.docx.pdf](#)

- Ders.* Die Perspektive der Wissenschaft: AVMD-Richtlinie, der 22. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und der »Medienstaatsvertrag« – Angemessene Instrumente für die Regulierungsherausforderungen?, ZUM 2019, 89
- Ders. / Liesem, Kerstin* Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Medienstaatsvertrages der Rundfunkkommission der Länder, Mainzer Medieninstitut, 2018, abrufbar unter <https://www.mainzer-medieninstitut.de/wp-content/uploads/Mainzer-Medieninstitut-Stellungnahme-zum-Medienstaatsvertrag-1.pdf>
- Die Medienanstalten - ALM GbR (Hrsg.)* Stellungnahme der Medienanstalten zum überarbeiteten Diskussionsentwurf der Rundfunkkommission der Länder für einen „Medienstaatsvertrag“, Berlin, 2019, abrufbar unter https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Ueber_uns/Positionen/2019_08_09_Stellungnahme_der_Medienanstalten_zum_Medienstaatsvertrag.pdf
- Dörr, Dieter* Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, Gutachten für die Medienanstalten, Saarbrücken, 2019, abrufbar unter https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Themen/Intermediaere/2019_06_04_Gutachten_Relevanz_Organisation_massenhafte_Individualkommunikation.pdf
- Drexl, Josef* Bedrohung der Meinungsvielfalt durch Algorithmen, ZUM 2017, 529
- Eifert, Martin* Regulierungsstrategien, in *Voßkuhle / Eifert / Möllers* (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, München, 2012, S. 1319 ff.
- Ders.* Rechenschaftspflichten für soziale Netzwerke und Suchmaschinen, NJW 2017, 1450
- Ders.* Evaluation des NetzDG im Auftrag des BMJV, 2020, abrufbar

- unter
https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/090920_Juristisches_Gutachten_Netz.pdf?__blob=publicationFile&v=3
- Ders. / Gostomzyk, Tobias (Hrsg.)* Netzwerkrecht. Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation, Baden-Baden, 2018
- Elsaß, Lennart / Labusga, Jan-Hendrick / Tichy, Rolf* Löschungen und Sperrungen von Beiträgen und Nutzerprofilen durch die Betreiber sozialer Netzwerke, CR 2017, 234
- Ferreau, Frederik* Desinformation als Herausforderung für die Medienregulierung, AfP 2021, 204
- Fischer, Thomas* Kommentar zum Strafgesetzbuch, 69. Auflage, München, 2022
- Friehe, Matthias* Löschen und Sperren in sozialen Netzwerken, NJW 2020, 1697
- Gallwitz, Florian / Kreil, Michael* The Rise and Fall of 'Social Bot' Research, 2021, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3814191>
- Gerdemann, Simon* Ein Stück Rechtsgeschichte zu den Grenzen der Meinungsfreiheit in sozialen Medien? Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 19.12.2021 – 1 BvR 1073/20, ZUM 2022, 364
- Gersdorf, Hubertus* Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, 439
- Gläser, Isabel* Anwendbares Recht auf Plattformverträge - Fragen des IPR bei sozialen Netzwerken am Beispiel von Facebook, MMR 2015, 699
- Grigoleit, Hans Christoph* Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, AcP 2010 [2010], 354
- Grüneberg, Christian (Hrsg.)* Kommentar zum BGB, 81. Auflage, München, 2022 (zit. Grüneberg/Bearbeiter, BGB)
- Grünwald, Andreas / Nüßing, Christoph* Vom NetzDG zum DSA: Wachablösung beim Kampf gegen Hate Speech?, MMR 2021, 283
- Guggenberger, Nikolas* Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung, NJW 2017, 2577
- Ders.* Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht, ZRP 2017, 98

<i>Gundel, Jörg</i>	Die Fortentwicklung der europäischen Medienregulierung: Zur Neufassung der AVMD-Richtlinie, ZUM 2019, 131
<i>Härting, Niko / Adamek, Max Valentin</i>	Digital Services Act – ein Überblick. Neue Kompetenzen der EU-Kommission und hoher Umsetzungsaufwand für Unternehmen, CR 2021, 165
<i>Heidtke, Aron</i>	Meinungsbildung und Medienintermediäre, Baden-Baden, 2020
<i>Heins, Markus / Lefeldt, Stefanie</i>	Medienstaatsvertrag: Journalistische Sorgfaltspflichten für Influencer*innen, MMR 2021, 126
<i>Hellgardt, Alexander</i>	Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung? Die Konsequenzen der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG für die deutsche Grundrechtsdogmatik, JZ 2018, 901
<i>Hennemann, Moritz</i>	Qualität von Video-Sharing-Plattformen, in <i>Schmidt-Kessel / Möllnitz</i> (Hrsg.), Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen [im Erscheinen, Seitenzahl zitiert nach Pre-Print Dokument]
<i>Ders. / Heldt, Amélie</i>	Prozedurale Vermessung: Das Kuratieren kommunikativer Räume durch Soziale Netzwerke - zugleich Besprechung von BGH, Urteile vom 29.07.2021 – III ZR 179/20 und 192/20, ZUM 2021, 981
<i>Herr, Gunther</i>	Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 95 EG, EuZW 2005, 171
<i>Hoffmann-Riem, Wolfgang</i>	Recht im Sog der digitalen Transformation, Tübingen, 2022
<i>Holznagel, Daniel</i>	Overblocking durch User Generated Content (UGC) – Plattformen: Ansprüche der Nutzer auf Wiederherstellung oder Schadensersatz?, CR 2018, 369
<i>Ders.</i>	Put-back-Ansprüche gegen soziale Netzwerke: Quo Vadis?, CR 2019, 518
<i>Ders.</i>	Chapter II des Vorschlags der EU-Kommission für einen Digital Services Act. Versteckte Weichenstellungen und ausstehende Reparaturen bei den Regelungen zu Privilegierung, Haftung & Herkunftslandprinzip für Provider und Online-Plattformen, CR 2021, 123

<i>Honer, Mathias</i>	Die Grundrechte der EU-Grundrechtecharta, JA 2021, 219
<i>Iglesias Keller, Clara</i>	The Perks of Co-Regulation: An Institutional Arrangement for Social Media Regulation?, in <i>Celeste / Heldt / Iglesias Keller</i> (Hrsg.), <i>Constitutionalising Social Media</i> , London, 2022 [im Erscheinen, Seitenzahl zitiert nach Pre-Print Dokument]
<i>Ingold, Albert</i>	Meinungsmacht des Netzes, MMR 2020, 82
<i>Kaesling, Katharina</i>	Evolution statt Revolution der Plattformregulierung, ZUM 2021, 177
<i>Kalbhenn, Jan Christopher / Hemmert-Halswick, Maximilian</i>	Der Regierungsentwurf zur Änderung des NetzDG. Vom Compliance-Ansatz zu Designvorgaben, MMR 2020, 518
<i>Dies.</i>	EU-weite Vorgaben für die Content-Moderation in sozialen Netzwerke, ZUM 2021, 184
<i>Kalscheuer, Fiete / Hornung, Christian</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Ein verfassungswidriger Schnellschuss, NVwZ 2017, 1721
<i>Kellner, Anna</i>	Die Regulierung der Meinungsmacht von Internetintermediären, Baden-Baden, 2019
<i>Klink-Straub, Judith</i>	Do ut des data – Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht, NJW 2021, 3217
<i>Knebel, Sophie Victoria</i>	Anmerkung zu LG Bamberg, Urteil vom 18.10.2018, MMR 2019, 56
<i>König, Carsten</i>	Vertragliche Gestaltung der Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, AcP 219 [2019], 611
<i>Kuschel, Linda / Rostam, Darius</i>	Urheberrechtliche Aspekte der Richtlinie 2019/770, CR 2020, 393
<i>Kühling, Jürgen</i>	»Fake News« und »Hate Speech« – Die Verantwortung der Medienintermediäre zwischen neuen NetzDG, MStV und Digital Services Act, ZUM 2021, 461
<i>Ladeur, Karl-Heinz / Gostomzyk, Tobias</i>	Gutachten zur Verfassungsmäßigkeit des Entwurfs eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, 2017, abrufbar unter https://www.cr-online.de/NetzDG-Gutachten-Gostomzyk-Ladeur.pdf
<i>Dies.</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und die Logik der Meinungsfreiheit. Ergebnisse eines Gutachtens zur

- Verfassungsmäßigkeit des Regierungsentwurfs, K&R 2017, 390
- Dies.* Das Medienrecht und die Herausforderung der technologischen Hybridisierung. Eine Kommentierung der Regelungen zu Medienintermediären im Entwurf des Medienstaatsvertrags der Länder, K&R 2018, 686
- Lent, Wolfgang* Elektronische Presse zwischen E-Zines, Blogs und Wikis, ZUM 2013, 914
- Ders.* Paradigmenwechsel bei den publizistischen Sorgfaltspflichten im Online-Journalismus – Zur Neuregelung des § 19 Medienstaatsvertrag, ZUM 2020, 593
- Liesching, Marc* Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, MMR 2018, 26
- Ders.* Verfassungsrecht vor fahrlässiger Rechtspolitik – Zur Novellierung und Evaluation des NetzDG, MMR 2020, 721
- Ders.* Das Herkunftslandprinzip nach E-Commerce- und AVMD-Richtlinie. Anwendbarkeit von NetzDG, JuSchG, MStV und JMStV auf Soziale Netzwerke mit Sitz in anderen EU-Mitgliedstaaten, MMR-Beil. 2020, 3
- Ders. / Funke, Chantal / Hermann, Alexander / Kneschke, Christin / Michnick, Carolin / Nguyen, Linh / Prüßner, Johanna / Rudolph, Sarah / Zschammer, Vivien* Das NetzDG in der praktischen Anwendung. Eine Teilevaluation des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, München/Leipzig, 2021
- Liesem, Kerstin* Neulandvermessung – Die Regulierung von Medienintermediären im neuen Medienstaatsvertrag, ZUM 2020, 377
- Lischka, Konrad* Wie Algorithmen Öffentlichkeit strukturieren, AfP 2018, 388
- Löber, Lena Isabell / Roßnagel, Alexander* Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Umsetzung, MMR 2019, 71
- Ludwigs, Markus* Harmonisierung des Schuldvertragsrechts in Europa - Zur Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Zuständigkeit für

	eine Europäisierung des Privatrechts, EuR 2006, 370
<i>Lüdemann, Jörn</i>	Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, 279
<i>Mafi-Gudarzi, Nima</i>	Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, ZRP 2019, 65
<i>Maunz, Theodor / Dürig, Günter</i>	Grundgesetz Kommentar, München, 2020 (91. Ergänzungslieferung) (zit. Maunz/Dürig/Bearbeiter)
<i>Magnus, Hanno</i>	Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 7.6.2019, MMR 2019, 541
<i>Mendelsohn, Juliane</i>	Die „normative Macht“ der Plattformen – Gegenstand der zukünftigen Digitalregulierung?, MMR 2021, 857
<i>Mitsch, Wolfgang</i>	Volksverhetzung gegen Deutsche, JR 2011, 380
<i>Monopolkommission</i>	Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitaler Märkte. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB, Bonn, 2015, abrufbar unter https://www.monopolkommission.de/images/PDF/SG/SG68/S6_8_volltext.pdf
<i>Münchener Kommentar BGB</i>	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, 2019 (zit. MüKoBGB/Bearbeiter)
<i>Münchener Kommentar ZPO</i>	Kommentar zur Zivilprozessordnung, 6. Auflage, 2020 (zit. MüKoZPO/Bearbeiter)
<i>Müller, Philipp / Denner, Nora</i>	Was tun gegen „Fake News“? Eine Analyse anhand der Entstehungsbedingungen und Wirkweisen gezielter Falschmeldungen im Internet, 2. Auflage, Potsdam, 2019
<i>Müller-Riemenschneider, Severin / Specht, Louisa</i>	Anmerkung zu LG Frankfurt/M., Beschluss vom 14.5.2018, MMR 2018, 545
<i>Müller-Terpitz, Ralf</i>	Einbindung von Intermediären in das medienrechtliche System der Vielfaltssicherung, AfP 2017, 380
<i>Neuberger, Cristoph / Lobigs, Frank</i>	Meinungsmacht im Internet und die Digitalstrategien von Medienunternehmen. Gutachten für die Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK), Berlin, 2018
<i>Niggemann, Sandra</i>	Die NetzDG-Novelle, CR 2020, 326

- Nowrouzian, Bijan* »Kötterrasse« Volksverhetzung gegen Deutsche?, JR 2017, 567
- Nölscher, Patrick* Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und seine Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht, ZUM 2020, 301
- Paal, Boris* Vielfaltssicherung bei Intermediären, MMR 2018, 567
- Ders.* Intermediäre: Regulierung und Vielfaltssicherung, 2018, abrufbar unter https://www.medienanstalt-nrw.de/fileadmin/user_upload/lfmnrw/Foerderung/Forschung/Dateien_Forschung/Paal_Intermediaere_Regulierung-und-Vielfaltssicherung_Gutachten-2018.pdf
- Ders. / Heidtke, Aron* Vielfaltssichernde Regulierung der Medienintermediäre nach den Vorschriften des Medienstaatsvertrags der Länder, ZUM 2020, 230
- Ders. / Hennemann, Moritz* Meinungsbildung im digitalen Zeitalter, JZ 2017, 641
- Pariser, Eli* The Filter Bubble. What the Internet is Hiding From You, London, 2011
- Pasquetto, Irene, et al.* Tackling misinformation: What researchers could do with social media data, Harvard Kennedy School Misinformation Review 1, 8, 2020, abrufbar unter <https://dash.harvard.edu/handle/1/37366685>
- Peifer, Karl-Nikolaus* Fake News und Providerhaftung, CR 2017, 809
- Peukert, Alexander* Gewährleistung der Meinungs- und Informationsfreiheit in sozialen Netzwerken MMR 2018, 572
- Pille, Jens-Ulrich* Meinungsmacht sozialer Netzwerke, Baden-Baden, 2016
- Raue, Benjamin* Meinungsfreiheit in sozialen Netzwerken, JZ 2018, 961
- Ders.* Plattformnutzungsverträge im Lichte der gesteigerten Grundrechtsbindung marktstarker sozialer Netze, NJW 2022, 209
- Redeker, Helmut* Vertragsrecht für Internetdienste, in *Hoeren / Sieber / Holznapel*, Handbuch Multimedia-Recht, München, 2019 (48. Ergänzungslieferung), Teil 12

- Richter, Heiko / Straub, Marlene / Tuchtfeld, Erik (Hrsg.)* To Break Up or Regulate Big Tech? Avenues to Constrain Private Power in the DSA/DMA Package, München, 2021, abrufbar unter <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3932809>
- Schmid, Gregor / Grewe, Max* Digital Services Act: Neues „Grundgesetz für Onlinedienste“, MMR 2021, 279
- Schmidt, Jan-Henrik / Merten, Lisa / Hasebrink, Uwe / Petrich, Isabelle / Rolfs, Amelie* Zur Relevanz von Online-Intermediären für die Meinungsbildung, HBI, Hamburg, 2017
- Schneiders, Pascal* Keine Meinungsmacht den Medienintermediären? – Zum Diskriminierungsverbot für Medienintermediäre im Medienstaatsvertrag, ZUM 2021, 480
- Schoch, Friedrich / Schneider Jens-Peter* Kommentar zur VwGO, München, Juli 2021 (39. Ergänzungslieferung)
- Schulz, Wolfgang* Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, Baden-Baden, 1998
- Ders. / Held, Thorsten* Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, HBI, Hamburg, 2002
- Ders. / Dankert, Kevin* Die Macht der Informationsintermediäre. Erscheinungsformen, Strukturen und Regulierungsoptionen, Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, Bonn, 2016.
- Ders. / Dreyer, Stephan* Schriftliche Stellungnahme zum weiteren Diskussionsentwurf eines Medienstaatsvertrags der Länder vom Juli 2019, HBI, Hamburg, 2019
- Schwartzmann, Rolf* Muster-AGB für Meinungsneutralität, NJW 2022, 133
- Ders. / Hermann, Maximilian / Mühlenbeck, Robin* Eine Medienordnung für Intermediäre, MMR 2019, 498
- Specht, Louisa* Daten als Gegenleistung – Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstyp?, JZ 2017, 763
- Dies.* Plattformnutzungsverträge, in *Röhrich / Graf von Westphalen / Haas*, HGB, 5. Auflage, Köln, 2019, S. 2171 – 2205
- Spindler, Gerald* Europarechtswidrigkeit des NetzDG, ZUM 2017, 473

- Ders.* Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten, GRUR 2018, 365
- Ders.* Löschung und Sperrung von Inhalten aufgrund von Teilnahmebedingungen sozialer Netzwerke, CR 2019, 238
- Ders.* Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB, MMR 2021, 451
- Ders.* Der Vorschlag für ein neues Haftungsregime für Internetprovider – der EU-Digital Services Act [2 Teile], GRUR 2021, 545 [Teil 1], 653 [Teil 2]
- Stark, Birgit / Magin, Melanie / Jürgens, Pascal* Ganz meine Meinung? Informationsintermediäre und Meinungsbildung – Eine Mehrmethodenstudie am Beispiel von Facebook, Düsseldorf, 2017
- Sunstein, Cass* Republic.com, Princeton, 2001
- Voßkuhle, Andreas* „Regulierte Selbstregulierung“ - Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in *Die Verwaltung*, Beihefte, Band 4, 2001, S. 198 ff.
- Wagner, Gerhard* Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen [2 Teile], GRUR 2020, 329 [Teil 1], 447 [Teil 2]
- Wendehorst, Christiane* Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte, NJW 2021, 2913
- Willems, Constantin* Influencer als Unternehmer, MMR 2018, 707
- Wimmers, Jörg / Heymann, Britta* Zum Referentenentwurf eines Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) - eine kritische Stellungnahme, AfP 2017, 93