

ALEXANDER SCHIFF

Informationsintermediäre

Internet und Gesellschaft



Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von

Jeanette Hofmann, Matthias C. Kettmann,
Björn Scheuermann, Thomas Schildhauer
und Wolfgang Schulz

23



Alexander Schiff

Informationsintermediäre

Verantwortung und Haftung

Mohr Siebeck

Alexander Schiff, geboren 1988; Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Freiburg; 2013 Erste juristische Prüfung; LL.M.-Studium an der London School of Economics and Political Science; Referendariat am Kammergericht Berlin; 2016 Zweite juristische Staatsprüfung; Wissenschaftlicher Mitarbeiter am BMBF-geförderten Verbundprojekt Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft, Anstellung beim Verbundpartner Humboldt-Universität zu Berlin; seit 2020 Referent im Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz; 2021 Promotion.

ISBN 978-3-16-160188-0 / eISBN 978-3-16-160189-7
DOI 10.1628/978-3-16-160189-7

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2021 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Printed in Germany.

Für Joel Mischa

Vorwort

Diese Abhandlung unternimmt den Versuch einer Bestandsaufnahme und Kritik des unionalen sowie des deutschen Rechts der Haftung von Diensteanbietern für nutzergenerierte Inhalte und stellt diese Rechtsmaterie in den Kontext der Entstehung und Anwendung vergleichbarer Vorschriften in den USA. Die Diskussionen um diese Regelungskomplexe haben auf beiden Seiten des Atlantiks in letzter Zeit eine Dynamik angenommen, die zu Beginn dieses Vorhabens kaum absehbar war, wiewohl der richtige regulative Umgang mit den Intermediären in der Europäischen Union sowie gerade hierzulande schon seit langem kontrovers diskutiert wird. Diese Dynamik zwang mich, für den Abschluss dieses Buches einen klaren Schnitt vorzunehmen, dem die Berücksichtigung der Reformbemühungen um das Netzwerkdurchsetzungsgesetz, der deutschen Umsetzung der Richtlinie über das Urheberrecht im Binnenmarkt sowie des geplanten „Digital Services Act“ zum Opfer fielen. Insbesondere mit Blick auf den zuletzt genannten, im Dezember 2020 vorgelegten Verordnungsentwurf der Europäischen Kommission hege ich dennoch die Hoffnung, mit einer kritischen Analyse der E-Commerce-Richtlinie einen kleinen Beitrag zu ihrer überfälligen Reform zu leisten.

Die Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin hat diese Studie im November 2020 als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis dahin berücksichtigt. Naturgemäß haben sich um dieses Vorhaben und die Bedingungen seiner Realisierung viele Menschen verdient gemacht. Herr Professor Dr. Martin Eifert begleitete den Entstehungsprozess von Beginn an mit im besten Sinne kritischen und ermutigenden Anregungen, wirkte stets auf eine fundierte sowie zugleich pragmatische Vorgehensweise hin und trug so wesentlich zum erfolgreichen Abschluss meines Promotionsvorhabens bei, für dessen Betreuung ich ihm herzlich danke. Für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Professor Dr. Herbert Zech.

Entstanden ist dieses Buch während meiner Tätigkeit beim durch das Bundesministerium für Bildung und Forschung geförderten Verbundprojekt „Weizenbaum-Institut für die vernetzte Gesellschaft“, dessen Entstehung ich als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Verbundpartner Humboldt-Universität zu Berlin fast von Beginn an begleiten durfte. Verbunden durch den Anspruch, ausschließlich mit öffentlicher Förderung interdisziplinäre und am Gemeinwohl orientierte Grundlagenforschung zu den Implikationen der

Digitalisierung zu betreiben, hat sich eine Vielzahl interessierter und engagierter Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler in Berlin versammelt und so ein inspirierendes Umfeld geschaffen, von dem meine Forschungsvorhaben sehr profitiert haben. Für die vielen Einblicke, Einsichten und Erfahrungen, die mir diese Tätigkeit ermöglicht hat, danke ich *pars pro toto* den Herren Professoren Dr. Axel Metzger und Dr. Herbert Zech.

Für die kritische Lektüre des Manuskripts danke ich Dr. Julius Goldmann. Wichtige Anregungen, die mich nicht nur bei der Konkretisierung des Promotionsthemas vorangebracht haben, verdanke ich Paul Nemitz. Mein Dank gilt ferner dem Projektträger des Weizenbaum-Instituts für die großzügige und unbürokratisch gewährte Förderung der Drucklegung sowie dem Herausgeberkreis für die Aufnahme in die Schriftenreihe „Internet und Gesellschaft“.

Meine Eltern haben mich mit ihrer liebevollen Unterstützung in jeglicher Hinsicht zu dem Menschen gemacht, der ich heute bin. Ebenfalls keinen geringen Anteil hieran hatte mein Bruder. Ihnen danke ich von Herzen für alles. Dr. Mailies Wirminghaus danke ich schließlich für die kaum ermessliche Aufmunterung und Unterstützung in allen Phasen meines Promotionsvorhabens sowie für das größte Geschenk überhaupt, dem dieses Buch gewidmet ist.

Berlin, im Frühsommer 2021

Alexander Schiff

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Abkürzungsverzeichnis	XXI
Einführung	1
§ 1 Einleitung	3
A. <i>Haftung für Inhalte Dritter als Kernfrage des Verhältnisses von Internet und Regulierung</i>	3
B. <i>Gegenstand</i>	7
C. <i>Ziel</i>	7
§ 2 Gang der Untersuchung	9
Kapitel 1: Entwicklung des Rechts der Haftungsprivilegierungen	11
§ 3 USA	13
A. <i>§ 230 Communications Decency Act</i>	13
I. Entstehungsgeschichte	14
II. Auslegung von § 230 CDA durch die Gerichte	17
1. Keine Differenzierung zwischen „Publisher“ und „Distributor“ führt zur Immunsierung auch bei Kenntnis	17
2. Das „Information Content Provider“-Kriterium und die Anforderungen an eine haftungsbegründende „material contribution“	20
3. Negierung des „Treatment“-Kriteriums	22
4. Engführung des Ausnahmenkatalogs	25
III. Verfassungsrechtlicher Kontext des § 230 CDA	25
IV. Neuere Entwicklungen	27
V. Fazit	30

B.	§ 512 Digital Millennium Copyright Act	32
I.	Entstehungsgeschichte	33
II.	Handhabung des Notice-and-Takedown-Verfahrens nach § 512 DMCA	35
	1. Allgemeines	35
	2. Speicherung „at the direction of a user“	36
	3. Die sog. „threshold requirements“	37
	a) „Repeat Infringer Policy“ und „Standard Technical Measures“: § 512(i) DMCA	37
	b) Keine tatsächliche Kenntnis oder Missachtung von „Red Flags“	39
	c) Kein „right and ability to control“	40
	4. Anforderungen und Konsequenzen einer „notice“	41
III.	Kritik	42
	1. Allgemeines	42
	2. Merkmale des „Safe Harbor“ im Einzelnen	46
	a) Keine „Red Flags“ in Sicht?	46
	b) Die Macht der Diensteanbieter vs. „right and ability to control“	47
	3. Fazit	48
§ 4	Europäische Union & Deutschland	51
A.	Rechtslage in Deutschland vor Erlass des TDG	51
B.	TDG	54
I.	Hintergrund	54
II.	Konzeption von § 5 TDG	55
III.	Handhabung	56
	1. „Filterfunktion“, Darlegungs- und Beweislast	56
	2. Bereithalten eines fremden Inhalts	56
	3. Kenntnis	57
	4. Technische Möglichkeit und Zumutbarkeit der Verhinderung der Nutzung von Inhalten	57
C.	ECRL	58
I.	Hintergrund	58
II.	Konzeption	60
	1. Allgemeines, Systematik	60
	2. Persönlicher Anwendungsbereich der Art. 12 ff.	60
	a) Grundlagen	60
	b) Suchmaschinen als Sonderfall	61
	3. Die Rolle des Diensteanbieters im System der Art. 12 ff.	63

III. Privilegierung des Hostings (Art. 14)	65
1. Voraussetzungen	66
a) Speicherung von Informationen	66
b) Durch einen Nutzer eingegebene Informationen	66
c) Speicherung im Auftrag des Nutzers	67
d) Keine Kenntnis von der rechtswidrigen Information (Art. 14 Abs. 1 lit. a Var. 1)	68
e) Kein Bewusstsein über Tatsachen und Umstände, aus denen die Rechtsverletzung offensichtlich wird (Art. 14 Abs. 1 lit. a Var. 2)	72
f) Unverzügliche Entfernung oder Sperrung nach Kenntnis- bzw. Bewusstseinsenerlangung (Art. 14 Abs. 1 lit. b)	73
2. Rechtsfolgen, erfasste Regelungsbereiche	73
IV. Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht (Art. 15)	75
1. Bedeutung	75
2. Reichweite	76
a) Allgemeine vs. spezifische Überwachungspflichten	76
aa) Unzulässigkeit von Filtersystemen	77
bb) Automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung	78
cc) Verhältnismäßigkeit von Verhinderungspflichten	79
b) Zwischenfazit	80
3. Fazit	82
<i>D. Die Inanspruchnahme von Diensteanbietern im deutschen Recht</i>	83
I. Haftung für eigene Inhalte	84
1. Tatsächlich eigene Inhalte	85
a) Grundlagen	85
b) „Autocomplete“	87
c) Fazit	88
2. Die Kategorie des Zueigenmachens fremder Inhalte als Bruchstelle im Verhältnis zum Unionsrecht	88
a) Grundlagen	88
b) Verhältnis zum Unionsrecht	91
II. Haftung für fremde Inhalte: Das Privileg des § 10 TMG	93
1. Allgemeines	93
2. Voraussetzungen	93
a) Abspeichern einer fremden Information für einen Nutzer	93
b) Keine Kenntnis	94
aa) Positive Kenntnis eines konkreten Inhalts	94
bb) Kenntnis der Rechtswidrigkeit	94

cc) Kenntniserlangung durch automatisierte Systeme? . . .	95
c) Unverzügliche Entfernung oder Sperrung nach Kenntniserlangung	96
d) Keine „aktive Rolle“	96
e) Grenze der Haftung: allgemeine Überwachungspflichten (§ 7 Abs. 2 TMG)	97
3. Darlegungs- und Beweislast	97
<i>E. Kritische Annäherung in institutioneller Perspektive</i>	97
I. Probleme eines materiell horizontalen Ansatzes	98
II. Herausforderungen der unionsrechtlichen Harmonisierung des Haftungsregimes	99
1. Im Gesetz angelegte Probleme	99
2. Die Rolle der Rechtsprechung	100
3. Rechtspolitische Aktivitäten des Gesetzgebers	101
III. Die Herausforderung föderal verteilter Gesetzgebungskompetenzen	102
 § 5 Gemeinsamkeiten und Unterschiede in übergeordneter Perspektive	105
<i>A. Die Grundsatzentscheidungen für eine Haftungsprivilegierung</i>	105
<i>B. Innovationssicherung als Leitidee</i>	107
<i>C. Vergleich der Anreizwirkungen</i>	109
<i>D. Fazit</i>	110
 Kapitel 2: Phänomenologische Annäherungen an die Intermediäre und die Problematik ihrer Konzeption im geltenden Recht	113
 § 6 Funktionale Zuordnung der Intermediäre	115
<i>A. Schichtenbasierte Modelle des Internets</i>	115
I. Darstellung	116
II. Bedeutung für die Thematik dieser Untersuchung	117
<i>B. Funktionen der Intermediäre</i>	119
I. Kommunikationsdienste	120
II. Suchmaschinen	122
III. Vergleichende Betrachtungen	124
1. Unterschiede zwischen Kommunikationsdiensten und Suchmaschinen	124

2. Wesentliche Gemeinsamkeiten	125
a) Dominanz weniger Akteure	126
b) Kuratierung von Inhalten	127
IV. Zusammenfassung	128

§ 7 Begriffliche Zuordnung als Element des rechtlichen Zugriffs auf Intermediäre

A. <i>Plattformen</i>	132
I. Begriffsverständnisse	132
1. Allgemeine Verständnis	132
2. Rechtliche Rezeption des Plattformbegriffs	135
II. Überzeugungskraft	137
B. <i>Soziale Netzwerke</i>	139
I. Begriffsverständnisse	140
1. Allgemeines Verständnis	140
2. Rechtliche Rezeption	141
II. Überzeugungskraft	142
C. <i>Diensteanbieter</i>	143
I. Begriffsverständnisse	143
1. Allgemeines Verständnis	143
2. Rechtliche Rezeption	143
II. Überzeugungskraft	144
D. <i>Vorzugswürdiger Begriff: (Informations-)Intermediäre</i>	145
I. Begriffsverständnisse	145
1. Allgemeines Verständnis	145
2. Rechtliche Rezeption	147
II. Überzeugungskraft	148
E. <i>Fazit</i>	149

§ 8 Strukturelle Defizite bei der Zuweisung von Verantwortung an die Intermediäre für Rechtsverletzungen

A. <i>Host-Providing als funktional ungenügende Kategorie zur Beschreibung intermediärer Dienste</i>	152
I. De lege lata vermitteltes normatives Leitbild intermediärer Dienste	152
1. USA	152
2. EU und Deutschland	153
II. Verfügungsmacht der Intermediäre über gehostete Inhalte	154
1. Zugangskontrolle	154

2. Gestaltungsmacht bei der Kommunikationsordnung	156
a) Design des kommunikativen Umfelds	156
b) Filterung, Sortierung und Personalisierung von Inhalten	157
c) Reaktive Zugriffe auf einzelne Inhalte	159
d) Zwischenfazit	160
III. Speicherung von Informationen als unangemessenes Merkmal für die Tätigkeit der Intermediäre	161
1. Fokus auf der technischen Lokalisierung „gespeicherter“ Informationen	161
2. Normativ unterstellte Unabhängigkeit der Dienstenutzer	163
<i>B. Passivität/Neutralität als unangemessenes Leitbild der haftungsrechtlichen Zuordnung der Intermediäre</i>	164
I. Rechtssystematische Zweifel am Begründungsansatz des EuGH	165
II. Normative Brüche bei der Anwendung des Kriteriums der Neutralität	166
1. Inkohärenz der Rechtsprechung	166
a) Normative Maßstäbe innerhalb der ECRL	166
b) Widersprüchliche Wertungen zwischen ECRL und Datenschutzrecht	168
2. Inkohärenz mit Blick auf wirtschaftliche Ausrichtung der Diensteanbieter	169
III. Neutralität als prinzipiell unplausibler Maßstab	169
1. Neutrale Intermediäre?	169
2. Neutrale Technologie?	171
<i>C. Unklare Zuordnung von Suchmaschinendiensten im System der Haftungsprivilegien</i>	173
I. Gestaltungsmacht bei der Sortierung und Verfügbarmachung eines bedeutsamen Wissensbestandes	173
1. Die Rolle von Suchmaschinendiensten bei der Verfügbarkeit von Wissen	173
a) Abhängigkeit des Wissensbestandes von dessen Auffindbarkeit	173
b) Organisation der Suchmaschinendienste	174
2. Einwirkungspotenziale der Suchmaschinenbetreiber	175
a) Konzeptionelle Gestaltungsmacht im Abgleich mit Kommunikationsdiensten	175
b) Konkrete Steuerungsfähigkeiten	176
II. Rechtliche Zuordnung	178
1. Rechtliche Unterscheidbarkeit von Suchmaschinen und Kommunikationsdiensten im Lichte des Privilegs für Host- Provider	178

a) Anknüpfungen am Gesetzestext	178
b) Unklare Rechtsprechung	180
2. Primäre Zuordnung zu den Access- oder Caching-Diensten?	181
III. Zwischenfazit	182
D. Fazit	183
 Kapitel 3: Perspektiven des Haftungsrechts der Intermediäre: Die Störerhaftung und ihre Weiterentwicklung	185
 § 9 Normative Annäherung an das Problem der Inanspruchnahme der Intermediäre als Gatekeeper	187
A. Die Inpflichtnahme der Intermediäre als Gatekeeper	187
I. Gatekeeper	187
II. Das Spezifikum der rechtlichen Inpflichtnahme der Intermediäre als Gatekeeper	188
B. Analytischer Rahmen zur Bewertung von Gatekeeping-Regimen nach Kraakman	189
I. Darstellung	190
II. Kontextualisierung	191
C. Fazit	194
 § 10 Die Störerhaftung als kontextangemessenes Instrument des bürgerlichen Rechts zur Realisierung der Verantwortung der Intermediäre?	195
A. Grundlagen der Störerhaftung	195
I. Zweck	196
II. Anwendungsbereich	198
1. Allgemeines	198
2. Keine Haftung des Intermediärs als Täter	198
3. Keine Subsidiarität gegenüber Ansprüchen gegen den Primärverursacher	200
III. Voraussetzungen der Störerhaftung unter besonderer Berücksichtigung der Intermediäre	202
1. Relevante Störungshandlungen	202
2. Prüfpflichten im Rahmen der Störerhaftung	203
a) Bedeutung	203
b) Übergeordnete Kriterien	204
aa) Grad der Betroffenheit der Rechtsgüter	204
bb) Wirtschaftliche Zumutbarkeit bzw. Gefährdung des Geschäftsmodells	204

cc) Gefahrgeneigntheit des Dienstes	205
dd) Sozialadäquanz	206
ee) Finanzielle Vorteile?	206
c) Prüfprogramm für Kommunikationsdienste bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen	207
aa) Initiierung des Prüfprogramms durch Notifizierung des Diensteanbieters	208
(1) Szenario I: Keine „unschwere Erkennbarkeit“ der Rechtsverletzung	208
(2) Szenario II: „Unschwer erkennbare“ Rechtsverletzung auf Grundlage des behaupteten Sachverhalts	210
bb) Pflicht zur Sachverhaltsermittlung	211
cc) Mögliche Konsequenzen	211
d) Suchmaschinen	212
aa) Anspruchsgrundlage	212
bb) Grundsätzliche Wertungen	213
cc) Spezifische Prüfpflichten für Suchmaschinenbetreiber	214
dd) Einordnung	215
IV. Rechtsfolgen der Störerhaftung	216
1. Beseitigung	217
a) Allgemeine Bedeutung	217
b) Varianten der Beseitigung	218
2. Unterlassung	218
3. Erstbegehungs- und Wiederholungsgefahr; Verhältnis von Kenntnisnahme und Prüfpflicht	219
4. Begrenzung der Störerhaftung durch das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten	220
a) Bedeutung	220
b) Allgemeine vs. „spezifische“ Überwachungspflichten ...	220
aa) Die „Kerntheorie“	221
bb) Filtersysteme	224
5. Kosten der Inanspruchnahme des Störers	225
V. Sperrung durch die Haftungsprivilegierungen?	226
1. Unionsrechtliche Ausgangslage	226
2. Übertragung auf den mitgliedstaatlichen Kontext	226
<i>B. Bewertung der Störerhaftung im Lichte der Verantwortung der Intermediäre</i>	<i>229</i>
I. Dogmatische Einwände gegen die Störerhaftung	229
II. Problematische Übertragung richterlicher Aufgaben?	231

1. Der Vorwurf	231
2. Stellungnahme	232
III. Die grundsätzlichen Vorzüge der Störerhaftung	234
1. Flexible und kontextangemessene Ausformung der Verantwortung der Intermediäre	235
2. Der Gedanke der Prozeduralisierung	235
3. Grenzen des Prozeduralisierungsgedankens und ihre mögliche Bewältigung	240
IV. Offene Flanken der Störerhaftung	241
1. Die Unangemessenheit der Anforderungen an eine die Prüfpflicht auslösenden Notifizierung	242
a) Unangemessene Begründungslasten	242
b) Anreiz zum Blindflug	244
c) Implikationen rechtlicher Bewertungen	245
2. Ineffizienz wegen zu strenger Anforderungen an die Erstbegehungs- bzw. Wiederholungsgefahr?	246
a) Der Ansatzpunkt der Kritik	246
b) Differenzierung zwischen Urheberrecht und Persönlichkeitsrecht	247
c) Schlussfolgerungen	248
3. Ausschluss einer Schadensersatzhaftung; Verhältnis zum Verkehrspflichtenkonzept	249
4. Zweifelhafte grundrechtliche Verortung	252
C. <i>Fazit</i>	254
§ 11 Folgerungen für das Recht der Haftung der Intermediäre	257
A. <i>Die Bedeutung der Haftungsprivilegierungen für die Haftung der Intermediäre</i>	257
B. <i>Die Zwecke des Rechts der Haftungsprivilegierungen</i>	259
I. Blick zurück in die USA	259
II. Modifizierung der Zwecke des Rechts der Haftungsprivilegierung durch Einführung einer „Good Samaritan“-Regelung	260
C. <i>Elemente einer Reform des Haftungsrechts der Intermediäre</i>	262
I. Neukonzeption der Einteilung in spezifische Dienste	263
II. Aufgabe der Unterscheidung zwischen aktiver und passiver Rolle	265
III. Elemente verbesserter Anreizstrukturen	267
1. Die Kenntnisnahme als Anknüpfungspunkt intermediärer Verantwortung im Haftungsrecht	267

a)	Vermittlung eines Wissensstandes unterhalb positiver Kenntnis	268
b)	Bezugspunkt der Kenntnis	269
2.	Fortentwicklung der Substanziierungslasten im Rahmen der Störerhaftung	270
3.	Umgang der Diensteanbieter mit Notifizierungen	271
<i>D.</i>	<i>Die Zukunft des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten</i>	273
I.	Auswirkungen eines verstärkten Anreizes zur privaten Kontrolle im Sinne einer „Good Samaritan“-Regel	274
II.	Ausgestaltung der Reichweite des Verbots	275
III.	Zulässigkeit manueller Kontrollen	276
<i>F.</i>	<i>Fazit</i>	278
§ 12	Neuere sektorspezifische Zuschreibungen von Verantwortlichkeit als Modifikation der Störerhaftung	281
<i>A.</i>	<i>Die Modifizierung der Störerhaftung zur Durchsetzung des Persönlichkeitsrechts durch das NetzDG</i>	281
I.	Hintergrund	281
II.	Konkrete gesetzliche Regelung	282
1.	Allgemeines	282
2.	Organisationspflichten	283
3.	Bußgelder	283
III.	Bewertung vor dem Hintergrund der Verantwortung der Intermediäre	284
1.	Positivierung der Verantwortung der Intermediäre durch Anknüpfung an die Störerhaftung	284
2.	Keine „Privatisierung“ der Rechtsdurchsetzung	286
3.	Verkürzung der Rechte Einzelner durch Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens	286
4.	Verantwortungsbezogene Aspekte der Verhältnismäßigkeit	288
a)	Gemeinwohlsicherung als legitimes Ziel	288
b)	Effektivität der Heranziehung der Intermediäre und Alternativen	288
c)	Anreizstrukturen und Overblocking	289
IV.	Fazit zum NetzDG	292
<i>B.</i>	<i>Die Modifizierung der Wertungen der ECRL und der Störerhaftung zur Durchsetzung des Urheberrechts durch die DSM-RL</i>	294
I.	Hintergrund	294
II.	Konkrete gesetzliche Regelung	295
1.	Etablierung der Primärhaftung über das Instrument der öffentlichen Wiedergabe	295

2. Einschränkungen der Haftung	296
a) Obliegenheiten des Diensteanbieters	296
aa) Anstrengungen zur Einholung einer Erlaubnis	296
bb) Branchenübliche Anstrengungen zur Nichtverfügbarkeit von Inhalten, Filterpflichten	297
cc) Notice-and-Stay-Down	299
b) Abgestufte Ausgestaltung der Handlungsobliegenheiten	300
3. Nutzerrechte	301
III. Bewertung vor dem Hintergrund der Verantwortung der Intermediäre	302
1. Differenzierte Positivierung der Verantwortung der Intermediäre	302
2. Explizite Regelung der Nutzerrechte und Verhältnis zum Rechtsschutzinstrumentarium der Mitgliedstaaten	303
3. Filterpflichten und ihre Konsequenzen	304
a) Vorbemerkung: Die Konkretisierung der Anforderungen an Diensteanbieter in Abhängigkeit der technischen Entwicklung	305
b) Verstoß gegen das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten	306
c) Verstoß gegen grundrechtliche Garantien	307
IV. Fazit zur DSM-RL	310
C. Fazit	310
Schluss	313
§ 13 Abschließende Betrachtung	315
§ 14 Zusammenfassung	321
Literaturverzeichnis	325
Register	349

Abkürzungsverzeichnis

Hinweise: Bei unspezifischen Personenbezeichnungen wird auf die gleichzeitige Verwendung der femininen und maskulinen Form verzichtet. Beide Formen umfassen als generische Begriffe alle Geschlechtsidentitäten.

Alle Quellen des Internets wurden zuletzt am 14. Februar 2021 abgerufen.

a.F.	alte Fassung
Abs.	Absatz, Absätze
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AfP	Zeitschrift für das gesamte Medienrecht
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
AtomG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
AVMD-RL	Richtlinie (EU) 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten beck-online.RECHTSPRECHUNG
BeckRS	beck-online.RECHTSPRECHUNG
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
C.D. Cal.	United States District Court for the Central District of California
Cal.	Supreme Court of California
Cal.App. 4th	California Appellate Reports, Fourth Series
Cal. Ct. App	California Court of Appeal
CDA	Communications Decency Act (Title V, Telecommunications Act of 1996, 104th Congress, Public Law No. 104–104)
Cir.	United States Court of Appeals
CR	Computer und Recht

D.D.C.	United States District Court for the District of Columbia
D. Mass.	United States District Court for the District of Massachusetts
D. Md.	United States District Court for the District of Maryland
D.N.J.	United States District Court for the District of New Jersey
ders.	dieselbe
dies.	dieselbe(n)
DMCA	Digital Millennium Copyright Act 1998 (105th Congress, Public Law No. 105–304)
DS-GVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG
DS-RL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr
DSM-RL	Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG
E.D. Mo.	United States District Court for the Eastern District of Missouri
E.D. Pa.	United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania
E.D. Tex.	United States District Court for the Eastern District of Texas
ECRL	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Enforcement-RL	Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Union
EurUP	Zeitschrift für Europäisches Umwelt- und Planungsrecht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f., ff.	folgende
F.2d	Federal Reporter, Second Series
F.3d	Federal Reporter, Third Series
F.Supp.	Federal Supplement
F.Supp. 2d	Federal Supplement, Second Series
F.Supp. 3d	Federal Supplement, Third Series
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
Florida Sup. Ct.	Supreme Court of Florida
Fn.	Fußnote(n)
GA	Generalanwalt, Generalanwältin

GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
ggf.	gegebenenfalls
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int	GRUR International Journal of European and International IP Law
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Hervorh.	Hervorhebung
HPfIG	Haftpflichtgesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
InfoSoc-RL	Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft
insb.	insbesondere
itrB	IT-Rechtsberater
IuKDG	Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste
iVm	in Verbindung mit
jurisPR-StrafR	juris PraxisReport Strafrecht
jurisPR-WettbR	juris PraxisReport Wettbewerbsrecht
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht
JuS	Juristische Schulung
JZ	JuristenZeitung
K&R	Kommunikation & Recht
KG	Kammergericht
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtsprechung
LG	Landgericht
lit.	littera
Ls.	Leitsatz
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
M.D. Fla.	United States District Court for the Middle District of Florida
MMR	Zeitschrift für IT-Recht und Recht der Digitalisierung
MMR-Beilage	MultiMedia und Recht – Beilage
MüKo BGB	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
MüKo StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch
MüKo ZPO	Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung
mwN	mit weiteren Nachweisen
N.C. Ct. App.	North Carolina Court of Appeals
N.D. Cal.	United States District Court for the Northern District of California
n.F.	neue Fassung
N.Y. Sup. Ct.	New York Supreme Court
NetzDG	Netzwerkdurchsetzungsgesetz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht

NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZKart	Neue Zeitschrift für Kartellrecht
OLG	Oberlandesgericht
OWiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RhPfVerfGH	Verfassungsgerichtshof Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer(n)
RStV	Rundfunkstaatsvertrag
RW	Rechtswissenschaft
S.	Satz, Sätze; Seite(n)
S.Ct.	Supreme Court Reporter
S.D. N.Y.	United States District Court for the Southern District of New York
S.E.2d	South Eastern Reporter, Second Series
Sec.	Section
So.2d	Southern Reporter, Second Series
sog.	sogenannte(n/r)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
StVG	Straßenverkehrsgesetz
TDG	Teledienstegesetz
TMG	Telemediengesetz
u.a.	unter anderem
U.S.	United States Reports
UAbs.	Unterabsatz
UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
v.	von, vom
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
Vgl.	vergleiche
vs.	versus
WL	Westlaw
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
z.B.	zum Beispiel
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZUM	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht – Rechtsprechungsdienst

Einführung

Einleitung

A. Haftung für Inhalte Dritter als Kernfrage des Verhältnisses von Internet und Regulierung

Wer sich mit dem Verhältnis von Recht und Internet befasst, kommt an *John Perry Barlow* kaum vorbei. 1996 formulierte der US-amerikanische Poet, Essayist und Bürgerrechtler seine monumentale „Unabhängigkeitserklärung des Cyberspace“, in der er sich an die Regierungen der alten Welt, „giants of flesh and steel“, wandte und diese aufforderte, die Welt des Cyberspace nicht zu betreten. „You are not welcome among us. You have no sovereignty where we gather.“¹ Seine Haltung steht sinnbildlich für die euphorische Vorstellung der damaligen Zeit, mit dem und im Internet entstehe eine neue Gesellschaftsordnung jenseits territorialstaatlicher Ordnungen. „Cyberspace does not lie within your borders.“² Diese neue Ordnung sei mit dem veralteten Souveränitätskonzept staatlicher Ordnungen unvereinbar. Deren auf Recht und Zwang beruhendes Herrschaftssystem könne im Cyberspace keine Anwendung finden. „Your legal concepts of property, expression, identity, movement, and context do not apply to us. They are all based on matter, and there is no matter here.“³ Im Cyberspace werde eine neue Gemeinschaft entstehen. „We will create a civilization of the Mind in Cyberspace. May it be more humane and fair than the world your governments have made before.“⁴

Barlows Erklärung hallt bis heute nach. Sie bietet noch immer einen Reibungspunkt für all jene, die sich mit dem Internet und seiner normativen Struktur befassen. Die Erklärung buchstabierte eine zu der Zeit weit verbreitete Haltung aus, die den Cyberspace als etwas völlig Neues und Einzigartiges betrachtete, für das alte Denkweisen, Kategorien und vor allen Dingen das Recht nicht mehr passten. Dieser „Internet Exceptionalism“ drang

¹ *Barlow*, Electronic Frontier Foundation (08.02.1996), www.eff.org/de/cyberspace-independence.

² *Barlow*, Electronic Frontier Foundation (08.02.1996), www.eff.org/de/cyberspace-independence.

³ *Barlow*, Electronic Frontier Foundation (08.02.1996), www.eff.org/de/cyberspace-independence.

⁴ *Barlow*, Electronic Frontier Foundation (08.02.1996), www.eff.org/de/cyberspace-independence.

bis in juristische Diskurse vor und prägte diese.⁵ Vielfach war die Forderung anzutreffen, das Recht müsse diese Außergewöhnlichkeit des Cyberspace anerkennen und diesen schützen. Nicht selten war und ist die Rede von einer „Konstitutionalisierung ohne Staat“.⁶

Weniger geläufig als *Barlows* Erklärung selbst ist der Grund bzw. Anlass, der *Barlow* dazu brachte, diesen Text überhaupt zu schreiben. Anfang des Jahres 1995 hatten US-Politiker begonnen, sich der in ihren Augen unzulässigen Verbreitung pornografischer bzw. „obszöner“ Inhalte im Internet zu widmen und hierauf eine Antwort zu formulieren. Nach einem kontroversen Gesetzgebungsprozess kam es zur Verabschiedung des „Telecommunications Act“, der einen als „Communications Decency Act“ übertitelten Abschnitt beinhaltet.⁷ Dieser verbot unter Strafe u.a. die Verbreitung von „indecent material“ über das Internet.⁸ Wenig überraschend wurde dieser Passus in den USA als erheblicher Eingriff in die traditionell kaum beschränkbare Redefreiheit nach dem ersten Zusatzartikel der US-Verfassung angesehen. Dass das Gesetz dennoch verabschiedet und von US-Präsident *Clinton* am 8. Februar 1996 unterzeichnet wurde, versetzte *Barlow* so sehr in Rage, dass dieser eine E-Mail an einige hunderte Bekannte verschickte. Diese E-Mail wurde zu seiner erwähnten Erklärung. Der CDA kann somit als Auslöser für eine Protestbewegung angesehen werden, deren Forderungen *Barlow* in seiner Erklärung auf einen programmatisch-ideologischen Ansatz verdichtete.⁹

Die Regelungen wurden wenig überraschend sofort gerichtlich angegriffen und vom US-amerikanischen Supreme Court gut ein Jahr später tatsächlich für verfassungswidrig erklärt und aufgehoben.¹⁰ Der CDA verschwand

⁵ Prominent geworden ist insbesondere der Beitrag von *Johnson* und *Post*, die die Entgrenzung des Internets und die damit einhergehende Schwächung territorialer Regulierung tradierter Prägung diskutierten: „The rise of an electronic medium that disregards geographical boundaries throws the law into disarray by creating entirely new phenomena that need to become the subject of clear legal rules but that cannot be governed, satisfactorily, by any current territorially based sovereign“, *Johnson/Post*, *Stanford Law Review* 48 (1996), 1367 (1375). Vgl. auch *American Civil Liberties Union v. Reno*, 929 F.Supp. 824, 844 (E.D. Pa. 1996): „The Internet is [...] a unique and wholly new medium of worldwide human communication.“

⁶ *Teubner*, *ZaöRV* 2003, 1 (5).

⁷ 104th Congress, Public Law No. 104–104, Title V. Vgl. hierzu auch *Kosseff*, *The Twenty-Six Words that Created the Internet*, S. 58 ff.

⁸ 104th Congress, Public Law No. 104–104, Title V Sec. 502: „Whoever [...] in interstate or foreign communications [...] by means of a telecommunications device knowingly [...] makes, creates, or solicits, and [...] initiates the transmission of any [...] communication which is [...] indecent [...] shall be fined [...].“

⁹ Vgl. *Higgins*, *Electronic Frontier Foundation* (23.02.2016), www.eff.org/de/deeplinks/2016/02/webs-first-blackout-protest-cda-20-years-later; *Kosseff*, *The Twenty-Six Words that Created the Internet*, S. 77 f.

¹⁰ Vgl. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 874 ff. (1997).

damit jedoch keineswegs vollständig von der Bildfläche der Gesetzgebung. Nicht Gegenstand der Kritik und dieser Aufhebungsentscheidung war nämlich eine andere Regelung des CDA. Dessen § 230,¹¹ der vom Gesetzgeber den Untertitel „Online Family Empowerment“ erhielt,¹² enthält Aussagen darüber, welche Maßnahmen von bestimmten Diensteanbietern zu treffen sind, um die Verbreitung von „offensive material“ zu verhindern und inwiefern sie hierfür in Haftung genommen werden können. Diese Regelung war auf relativ unscheinbare, kaum kontroverse Weise als Anpassungsvorschlag in das Verfahren zur Verabschiedung des „Telecommunications Act“ eingebracht worden und wurde von der Öffentlichkeit zunächst kaum beachtet.¹³ Etwa zur selben Zeit begannen in Europa parallel gelagerte Diskussionen.¹⁴ In Deutschland nahm die Popularität des Internets in Wirtschaft und Gesellschaft spürbar zu; gleichzeitig nahm man allerdings auch schon früh eine „unübersehbare Flut von Rechtsproblemen“ wahr.¹⁵ Die Politik erkannte einen Handlungsbedarf, der auch die Frage umfasste, in welcher Art und Weise Diensteanbieter für Inhalte in Verantwortung genommen werden können. Nach einem ebenfalls nicht komplikationsfreien Gesetzgebungsprozess kam es zur Verabschiedung des IuKDG, das mit dem TDG die Haftung von bestimmten Diensteanbietern adressierte.¹⁶

Die Frage nach der Verantwortlichkeit für Verhalten Dritter im Internet ist damit in etwa so alt wie das Internet selbst,¹⁷ jedenfalls sofern man auf den Zeitraum abstellt, als es zur Technologie der Massen avancierte. Fast schon historischen Wert hat in diesem Zusammenhang das strafgerichtliche Verfahren vor dem AG München, bei dem der Geschäftsführer des in Deutschland ansässigen Providers CompuServe erstinstanzlich wegen Verbreitung pornographischer Schriften schuldig gesprochen wurde, weil entsprechende Inhalte, die Dritte im Netzwerk der CompuServe in den USA hochgeladen hatten, in Deutschland abrufbar waren.¹⁸ Die damals kein ganzes Jahr alte Regelung des § 5 Abs. 2 TDG a.F., wonach Diensteanbieter für fremde Inhalte nicht verantwortlich sind, wenn sie von diesen keine Kenntnis haben oder ihnen die Verhinderung der Nutzbarkeit des betreffenden Inhalts nicht

¹¹ 47 U.S.C. § 230.

¹² 104th Congress, Public Law No. 104–104, Title V Sec. 509.

¹³ Vgl. *Kosseff*, *The Twenty-Six Words that Created the Internet*, S. 67 f.

¹⁴ Vergleichbare Regelungen existieren in verschiedener Form in sehr vielen Rechtssystemen, vgl. Secretary-General of the OECD, *The Economic and Social Role of Internet Intermediaries*, S. 73.

¹⁵ *Spindler*, *ZUM* 1996, 533 (533).

¹⁶ Näher dazu noch unten § 4 B. I.

¹⁷ Vgl. *Sobola*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, *Handbuch IT- und Datenschutzrecht*, § 42 Rn. 6.

¹⁸ AG München, Urt. v. 28.05.1998 – 8340 Ds 465 Js 173158/95, *NJW* 1998, 2836 ff. – CompuServe.

möglich oder zumutbar ist, ließ das Gericht nicht zur Anwendung kommen.¹⁹ Das Urteil hatte zwar keinen Bestand,²⁰ führte jedoch nach Bekanntwerden nicht nur zu Protesten vor Goethe-Instituten in den USA und Vorwürfen gegenüber CompuServe eines „Kniefalls“ vor der deutschen Justiz,²¹ sondern auch zur Verlagerung von Servern aus Deutschland ins Ausland.²² Dennoch zeigte der Fall sehr früh nach Erlass des TDG a.F. auf, dass die Frage nach einer Privilegierung von Diensteanbietern gegenüber der Inanspruchnahme durch Betroffene einer Rechtsverletzung und deren genauen Voraussetzungen eine zentrale Rolle bei der Ausgestaltung der rechtlichen Erfassung des Internets und seiner gesellschaftlichen Relevanz einnehmen würden.

Ein Vierteljahrhundert später ist in diesem Regelungsgebiet keineswegs Klarheit geschweige denn Ruhe eingekehrt. Einerseits haben sich im Markt der Diensteanbieter einige wenige Akteure als besonders einflussreich etablieren können, denen kraft ihrer Funktion und Reichweite nicht selten eine „strukturierende“ Funktion bei der öffentlichen Kommunikation zugeschrieben wird.²³ Dies betrifft etwa Unternehmen wie Google oder Facebook. Andererseits wird aus rechtspolitischer Perspektive ein nicht unerheblicher Teil der Verantwortung für das zunehmend als problematisch empfundene Klima des Diskurses im Internet den Diensteanbietern ebenso zugewiesen wie die scheinbar kaum beherrschbare Verbreitung urheberrechtswidriger Inhalte über Dienste wie YouTube. Nicht selten ist von der Gefährdung der Demokratie durch diese Unternehmen die Rede.²⁴ Damit ist schon außerrechtlich ein gewisses Spannungsfeld grob skizziert. In diesem bewegt sich auch die Verhandlung der *juristischen* Frage, ob und inwieweit eine Verantwortung dieser Unternehmen für von Dritten erzeugte Inhalte besteht bzw. begründbar ist. Versteht man die Berücksichtigung des außerrechtlichen Kontexts als *eine* Aufgabe der Rechtswissenschaft,²⁵ liegt es nahe, den rechtlichen Regeln, die die Haftung und damit auch die Verantwortung der Diensteanbieter entscheidend prägen, gerade mit Blick auf ihre sozialen Auswirkungen nachzugehen.

¹⁹ Vgl. AG München, Urt. v. 28.05.1998 – 8340 Ds 465 Js 173158/95, NJW 1998, 2836 (2839 f.) – CompuServe.

²⁰ Vgl. LG München I, Urt. v. 17.11.1999 – 20 Ns 465 Js 173158/95, NJW 2000, 1051 f. – CompuServe.

²¹ Sieber, JZ 1996, 429 (429).

²² Vgl. Sieber, Verantwortlichkeit im Internet, S. 3.

²³ Schulz, Rechtsstandort Hamburg (16.06.2016), www.rechtsstandort-hamburg.de/fileadmin/rechtsstandort-hamburg/docs/2017-06-16-rede-schulz-wolfgang.pdf. In den Augen von Pasquale, in: Saetnan/Schneider/Green, The Politics of Big Data, S. 110 (122), übernehmen „vast conglomerates like Facebook and Google effectively [...] the role of global communication regulators“.

²⁴ Vgl. Zuboff, The New York Times, 26.01.2020.

²⁵ Vgl. nur Hoffmann-Riem, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2018, 20 (22 f.); Grimm, in: Hassemer/Hoffmann-Riem/Limbach, Grundrechte und soziale Wirklichkeit, S. 39 (42 ff.).

B. Gegenstand

Gegenstand dieser Untersuchung sind primär diejenigen Rechtsregeln, die wesentliche Aussagen über die Verantwortung der Diensteanbieter für Inhalte Dritter beinhalten. Das betrifft zunächst die mögliche Haftung für die Verbreitung solcher Inhalte. Mit Haftung ist hier im Wesentlichen die Unterlassungs-, aber auch die Schadensersatzhaftung gemeint. Hier stehen die Privilegierungen einer solchen Haftung im Fokus. Diese sind im Wesentlichen in den Art. 12 ff. ECRL und den §§ 7 ff. TMG niedergelegt, wobei die Privilegierung für „Host-Provider“ gemäß Art. 14 ECRL und § 10 TMG eine besonders gewichtige Rolle einnimmt. Neben diesen Bestimmungen wird außerdem die Entwicklung zentraler vergleichbarer Vorschriften in den USA beleuchtet, die teilweise bereits einleitend erwähnt wurden. Der Gesamtbestand dieser Regeln wird im Folgenden auch als das Recht der Haftungsprivilegierungen bezeichnet.

Neben den Haftungsprivilegierungen ist aber auch der Haftungsgrund in den Blick zu nehmen. Dieser ist in der EU primär im Recht der Mitgliedstaaten geregelt. In Deutschland geht es hier insbesondere um die allgemeinen Grundsätze der Störerhaftung, wie sie vom BGH in jüngerer Zeit mit Blick auf die Diensteanbieter bedeutend weiterentwickelt wurden. Generell stehen Haftungsgrund und Haftungsprivilegierung in diesem Kontext nicht unabhängig nebeneinander, sondern nehmen auch jenseits ihrer Kausalbeziehung – ohne Haftung keine Haftungsprivilegierung – in vielfältiger Weise aufeinander Einfluss und Bezug. Aufgrund der Vielfalt der möglichen Formen der Verletzung verschiedener Rechtsgüter, die durch die Geschäftsmodelle der Diensteanbieter ermöglicht oder erleichtert werden, verspricht der Abgleich zweier Teilbereiche der Rechtsordnung, die strukturell vor vergleichbaren Herausforderungen stehen, aber dennoch unterschiedlichen Eigenlogiken unterworfen sind, ein Kontrast- und damit Erkenntnispotenzial. Neben dem Persönlichkeitsrecht dient als zweites Anschauungsbeispiel daher der urheberrechtliche Kontext der Inpflichtnahme von Diensteanbietern.

C. Ziel

Ausgehend vom Verständnis der Rechtswissenschaft als Versuch, nicht nur das geltende Recht zu beschreiben, sondern aufzuzeigen, wie das Recht sein könnte,²⁶ ergeben sich danach die folgenden konkreten Forschungsfragen, deren Beantwortung diese Untersuchung gewidmet ist: Spiegelt das geltende

²⁶ „Was Rechtens sei (*quid sit iuris*), d.i. was die Gesetze an einem gewissen Ort und zu einer gewissen Zeit sagen oder gesagt haben, kann er wohl noch angeben; aber, ob das, was

Recht die besondere Rolle, die die Diensteanbieter heutzutage einnehmen, noch angemessen wider? Welche Spielräume lassen die geltenden Regeln, diese besondere Rolle besser zu reflektieren? Ist es damit Anspruch und Haltung gleichermaßen, diese besondere Rolle angemessen zu würdigen, liegt es nahe, ein besonderes Augenmerk auf die Position der Dienstenutzerinnen zu richten. Diese verfügen oftmals nicht über die Mittel, ihre Interessen gegenüber global agierenden Unternehmen effektiv wahrzunehmen.²⁷ Ziel dieser Untersuchung ist es also, einen kritisch-konstruktiven Beitrag zur Fortentwicklung des Rechts zu leisten und hierbei besonders die Position der schwächeren Seite eines ungleichgewichtigen Verhältnisses im Blick zu behalten.

sie wollten, auch recht sei, und das allgemeine Kriterium, woran man überhaupt Recht sowohl als Unrecht (*iustum et iniustum*) erkennen könne, bleibt ihm wohl verborgen, wenn er nicht eine Zeitlang jene empirischen Prinzipien verläßt, die Quellen jener Urteile in der bloßen Vernunft sucht (wiewohl ihm dazu jene Gesetze vortrefflich zum Leitfaden dienen können), um zu einer möglichen positiven Gesetzgebung die Grundlage zu errichten. Eine bloß empirische Rechtslehre ist [...] ein Kopf, der schön sein mag, nur schade! daß er kein Gehirn hat“, *Kant*, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, S. 37 f. (Hervorh. im Original). Zu den epistemologischen Konsequenzen eines solchen Verständnisses vgl. *Metzger*, *Extra legem, intra ius*, S. 48 f.

²⁷ Vgl. *Di Fabio*, *Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen*, S. 79. Dieser Befund ist umso bedeutsamer, je eher es um Fragen mit Relevanz für die Persönlichkeitsentfaltung geht, vgl. *Kube*, in: *Isensee/Kirchhof*, *Handbuch des Staatsrechts*, § 91 Rn. 7.

Gang der Untersuchung

Das erste Kapitel stellt die historische Entwicklung des Rechts der Haftungsprivilegierungen dar. Dabei wird der Weg von den US-amerikanischen Regelungen zu denjenigen in der ECRL und im TMG beleuchtet. Ziel dieses Kapitels ist es, einen umfassenden Überblick über die einschlägigen rechtlichen Grundlagen zu liefern, die eine Aussage über die privilegierte Haftung der Intermediäre für von Dritten begangene Rechtsverletzungen treffen, sowie insoweit eine erste kritische Einordnung vorzunehmen.

Das zweite Kapitel verfolgt das Ziel, die problematischen und grundlegenden Aspekte der überkommenen Rechtslage zu kartieren. Erforderlich hierfür ist zunächst eine phänomenologische Zuordnung der Diensteanbieter. Diese erfolgt in drei Schritten: zum einen ist eine funktionale Einordnung vorzunehmen. Zum anderen liefert eine Analyse der begrifflichen Zugriffe auf die im Zentrum dieser Untersuchung stehenden Akteure wertvolle Einsichten. Hier zeigt sich, dass insbesondere bei technisch konstituierten Entitäten die Wahl der Begrifflichkeiten eine entscheidende Rolle dabei spielen kann, wie wir diese Akteure wahrnehmen. Daraus folgen nicht selten Rückschlüsse normativer Natur. Ziel des Kapitels ist es schließlich, solche normativen Rückschlüsse im geltenden Recht aufzuzeigen und kritisch zu hinterfragen.

Im Anschluss an diese allgemeineren und grundlegenden Perspektiven geht das dritte Kapitel auf die Perspektiven einer weiteren künftigen Ausgestaltung ein, die ein kritischer Blick auf Haftungsgrund und Haftungsprivilegierung aufzeigen kann. Hier erweist sich insbesondere das Institut der Störerhaftung als grundsätzlich geeignetes Instrument, um das Spannungsfeld zwischen der Durchsetzung von Schutzrechten und betroffenen gegenläufigen Interessen aufzulösen. Allerdings ist auch die Störerhaftung im Detail nicht gänzlich frei von kritischen Aspekten, die es herauszustellen gilt. Eine Synthese des so entwickelten Blicks auf die Haftungsprivilegierungen und die Störerhaftung ermöglicht es, konkrete Folgerungen sowohl auf nationaler wie auf europäischer Ebene zu benennen und insoweit das Reformpotenzial dieser Regelungen aufzuzeigen. In diesem Zusammenhang ist auch auf neuere gesetzliche Entwicklungen in diesem Kontext einzugehen, die sowohl die Durchsetzung von Persönlichkeitsrechten als auch des Urheberrechts betreffen. Ersteres betrifft das deutsche NetzDG, letzteres die jüngste Reform des unionalen Urheberrechts.

Abschließende Betrachtungen und eine Zusammenfassung der gefundenen Ergebnisse beenden die Abhandlung.

Register

AGB

- ~-kontrolle 160
- Gestaltungsmacht der Intermediäre 159–160
- Kontrolle der Intermediäre über den Zugang zu Informationen 154–156

Aktive Rolle der Diensteanbieter *Siehe*
Neutrale Rolle der Diensteanbieter

Allgemeine Überwachungspflicht *Siehe*
Verbot allgemeiner Überwachungspflichten

Anreizstrukturen

- im Communications Decency Act 16–17, 30
- im Digital Millennium Copyright Act 38, 48–49
- Kritik der ~ im Rahmen der Störerhaftung 244–245
- Verbot allgemeiner Überwachungspflichten 274–275
- Vergleich der US-amerikanischen und unionsrechtlichen Regelungen 109–110
- Vorschlag zur Fortentwicklung im Kontext der Störerhaftung 267–269

Ausleistungsanspruch 212–216

Autocomplete 87–88, 176, 199

Begründungslast *Siehe* Substanziierungslast

Caching

- Abgrenzung vom Hosting 66
- Bedeutung 123
- Zuordnung zu Haftungsprivilegierungen 181–182

CDA *Siehe* Communications Decency Act

Cheapest cost avoider 196, 251, 268

Communications Decency Act

- Auslegung durch die US-Gerichte 17–25
 - Entstehungsgeschichte 4, 14–17
 - Reformbemühungen 27–30
 - US-verfassungsrechtlicher Kontext 25–27
 - Verhältnis zum Common Law 14–15, 18
 - Wortlaut von § 230 13
- Content Moderation 48, 159, 170, 274
- Counter-notice-Verfahren, *Siehe auch* Wiederherstellungsanspruch
- Forderung einer Etablierung im deutschen Recht 240–241
 - im Digital Millennium Copyright Act 41–42, 45, 109

Datenschutz-Grundverordnung

- Verhältnis zur E-Commerce-Richtlinie 73–74

Diensteanbieter

- Begriff 143–144
- Funktionen 119–129

Digital Millennium Copyright Act

- Entstehungsgeschichte 33–35
- Notice-And-Takedown-Verfahren
 - Auslegung durch die Gerichte 35–42
 - Kritik an der US-amerikanischen Regelung 42–49
- Wortlaut von § 512(c) 32

DMCA *Siehe* Digital Millennium Copyright Act

DSM-Richtlinie

- Bewertung 302–310
- Filterpflicht 297–299, 304–310
- Hintergrund 294–295
- Öffentliche Wiedergabe 295–296

- Overblocking 307–310
 - Pflichten der Diensteanbieter 296–301
 - sachlicher Anwendungsbereich 143–144
 - Verbot allgemeiner Überwachungspflichten 306–307
- E-Commerce-Richtlinie
- Anwendbarkeit der Haftungsprivilegierungen auf Suchmaschinen 61–63, 178–181
 - Hintergrund 58–59
 - neutrale Rolle *Siehe* Neutrale Rolle der Diensteanbieter
 - Persönlicher Anwendungsbereich 60–63
 - Verhältnis zur Datenschutz-Grundverordnung 73–74
 - Voraussetzungen des Haftungsprivilegs nach Art. 14 65–73
- ECRL *Siehe* E-Commerce-Richtlinie
- Eigene Inhalte, Haftung für 85
- Eigenverantwortung, Prinzip der 163, 265, 268
- Ende-zu-Ende-Prinzip 117
- Entgeltlichkeit als Anwendungsvoraussetzung der E-Commerce-Richtlinie 61, 65
- Filterpflichten, *Siehe auch* Verbot allgemeiner Überwachungspflichten
- DSM-Richtlinie 297, 304
 - im Kontext der Störerhaftung 224
 - im Kontext des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten 77, 275
 - manuelle Kontrolle 79, 225, 244, 276, 307
- Gatekeeper
- Begriff 187–188
 - Inpflichtnahme der Intermediäre als ~ 188–189
 - Modell nach Kraakman 189–194
- Grundrechte, *Siehe auch* Meinungsfreiheit
- Bedeutung für die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie 257–259
- DSM-Richtlinie 307–310
 - Netzwerkdurchsetzungsgesetz 288–292
 - Stellungnahmeverfahren im Kontext der Störerhaftung 236–237
 - Verhaltenspflichten der Diensteanbieter 79–80
- Gute Samariter-Regelungen
- Bedürfnis einer Regelung in der EU 260–262, 274–275
 - in § 230 Communications Decency Act 16–17, 31, 109
- Haftungsprivileg
- Allgemeine Überwachungspflichten *Siehe* Verbot allgemeiner Überwachungspflichten
 - Anwendbarkeit auf Suchmaschinendienste 61–63, 178–182
 - konzeptionelle Kritik 152–164
 - praktische Bedeutung 257–259
 - Verhältnis zum Grundrechtsschutz 79–80, 257–259
 - Verhältnis zur Störerhaftung 226–229
 - Voraussetzungen nach § 10 TMG 93–97
 - Voraussetzungen nach Art. 14 E-Commerce-Richtlinie 65–73
 - Vorschlag zur Neukonzeption 262–273
 - Zwecke 105–107
- Host-Provider
- Kritik des Konzepts 151–164
 - Voraussetzungen des Haftungsprivilegs nach § 10 TMG 93–97
 - Voraussetzungen des Haftungsprivilegs nach Art. 14 E-Commerce-Richtlinie 65–73
- Intermediäre
- Begriff 145–148
 - Funktionen 119–129
 - Geschäftsmodell 157–159, 169, 174–175
 - Meinungsfreiheit 252–254
 - Technische Gestaltungsmacht der ~ 156–161

Internet

- Schutz des ~ durch Haftungsprivilegierungen 107–108
- Struktur 115–119
- und staatliche Regulierung 3–6, 315–320

Kenntnisnahme

- bei § 10 TMG 94–96
- bei § 512 Digital Millennium Copyright Act 39–40, 46–47
- bei Art. 14 E-Commerce-Richtlinie 68–73
- durch automatisierte Systeme 95–96
- im Modell nach Kraakman 191–192
- im Stellungnahmeverfahren der Störerhaftung 207–212, 242–246
- Vorschlag zur Fortentwicklung 267–271

Kerngleichheit

- im Kontext der Störerhaftung 221–224
- in der Rechtsprechung des EuGH 78–79

Kollateralzensur 291–292

Kommunikationsdienste 120–122

Kuratierung von Inhalten

- Abgrenzung zu von Nutzern eingegebenen Informationen 66–67
- als wesentliche Funktion der Intermediäre 127–128, 173–174
- Verhältnis von Intermediären und Nutzern 163–164

Marketplace of Ideas 25–26

Meinungsfreiheit

- der Intermediäre 252–254
- und Netzwerkdurchsetzungsgesetz 288–292

Netzwerk, soziales

- Begriff 139–142
- Rezeption im Netzwerkdurchsetzungsgesetz 141

Netzwerkdurchsetzungsgesetz

- Argument der Privatisierung der Rechtsdurchsetzung 286
- Begriff des sozialen Netzwerks 141
- Bewertung 284–292

- Hintergrund 281–282
- Overblocking 289–292
- Pflichten der Diensteanbieter 283
- Verhältnismäßigkeit 288–292

Neutrale Rolle der Diensteanbieter

- Abgrenzung zur aktiven Rolle 64–65
- Herleitung durch den EuGH 63–65
- Kritik des Konzepts 164–173
- Rechtsprechung des BGH 96–97
- Suchmaschinendienste 61–63
- Vorschlag zur Aufgabe des Konzepts 265–267
- Zueigenmachen fremder Inhalte 91–93

Notice-and-Takedown-Verfahren

- Handhabung durch die US-Gerichte 35–42
- im Rahmen der Störerhaftung 208–212
- Regelung in Art. 14 E-Commerce-Richtlinie 105, 272
- Wortlaut von § 512 Digital Millennium Copyright Act 32–33

Notifizierung

- Anforderungen im Digital Millennium Copyright Act 41–42
- im Kontext des Art. 17 DSM-Richtlinie 298
- im Rahmen der Störerhaftung 208–212
- in der Rechtsprechung des EuGH 70
- Umgang mit einer ~ im Kontext des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes 283
- Vorschlag zur Fortentwicklung 271–273

Overblocking

- DSM-Richtlinie 301, 307–310
- im Modell nach Kraakman 191
- Netzwerkdurchsetzungsgesetz 289–292

Passive Rolle der Diensteanbieter *Siehe*
Neutrale Rolle

Plattform

- Begriff 132–135
- Kritik des Begriffs 137–139

Privatisierung der Rechtsdurchsetzung,
Argument der 231–234, 286

- Prüfpflichten
- Bewertung 235–246
 - Grundlagen 203–207
 - Suchmaschinendienste 212–217
 - Verfahren bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen 207–212
- Put-back-Anspruch *Siehe* Counter-notice-Verfahren; Wiederherstellungsanspruch
- Relevanz
- Erzeugung von ~ als zentrales Ziel der Intermediäre 157–159, 174–175
- Schadensersatzansprüche
- Privilegierung nach Art. 14 E-Commerce-Richtlinie 72
 - Störerhaftung 249–252
- Speichern von Informationen im Auftrag des Nutzers
- als Anwendungsvoraussetzung von Art. 14 E-Commerce-Richtlinie 67–68
 - Kritik des Konzepts 161–164
- Stellungnahmeverfahren
- Bewertung 235–246
 - Fehlende Umsetzung im Netzwerkdurchsetzungsgesetz 286–288
 - Grundlagen 207–212
- Störerhaftung
- Anwendungsbereich 198–202
 - Dogmatische Kritik 229–231
 - Gefahr der Erstbegehung u. Wiederholung 219–220, 246–249
 - Grundlagen 195–229
 - Kosten der Inanspruchnahme 225–226
 - Notice-and-Takedown-Verfahren 208
 - Problematische Aspekte 241–254
 - Prüfpflichten 203–207
 - Rechtsfolgen 216–226
 - Schadensersatzansprüche 249–252
 - Subsidiarität 200–202
 - Suchmaschinendienste 212–216
 - Voraussetzungen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen 207–212
 - Voraussetzungen 202–212
 - Vorzüge 235–241
 - Zweck 196–197
- Substanziierungslast
- im Rahmen der Störerhaftung 208–212, 242–246
 - im TMG 97
 - in der Rechtsprechung des EuGH 70
 - Vorschlag zur Fortentwicklung 270–271
- Suchmaschinendienste
- Anwendbarkeit der Art. 12 ff. E-Commerce-Richtlinie 61–63, 178–182
 - Funktionen 122–124, 174–175
 - Haftung für Autocomplete-Suchvorschläge 87–88
 - Störerhaftung 212–216
- Teledienstegesetz 54–58
- Überwachungspflicht *Siehe* Verbot allgemeiner Überwachungspflichten
- Uploadfilter *Siehe* Filterpflichten
- Verbot allgemeiner Überwachungspflichten
- Abgrenzung von „spezifischen“ Überwachungspflichten nach Art. 15 E-Commerce-Richtlinie 76–80
 - Art. 15 E-Commerce-Richtlinie 75–83
 - DSM-Richtlinie 306–307
 - Störerhaftung 220–225
 - US-amerikanisches Recht 40
 - Vorschlag zur Fortentwicklung 273–278
- Verkehrspflichten
- Störerhaftung 230, 250–252
- Wiederherstellungsanspruch 240–241, 261, 271, 274, 287
- Zueigenmachen fremder Inhalte
- Konzept 88–91
 - Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht 91–93