

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 1/2022

IKT-Dienste im EU-Recht und im deutschen Recht – Bestandsaufnahme und Systematisierung

*Alexander Peukert**

Zitiervorschlag: Peukert, IKT-Dienste im EU-Recht und im deutschen Recht – Bestandsaufnahme und Systematisierung, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 1/2022, Rn.

Zusammenfassung: Der Beitrag bietet eine Übersicht der unionalen und deutschen Rechtsbegriffe zur Bezeichnung von Diensten im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnik (IKT). Neben Rechtsquellen der ersten Regulierungsgeneration (insbes. E-Commerce- und InfoSoc-Richtlinie) werden 26 Gesetze bzw. Gesetzesvorschläge aus den letzten fünf Jahren in die Bestandsaufnahme einbezogen. Die einzelnen Dienstebegriffe werden erläutert und nach Maßgabe ihrer technisch-sozialen Funktion klassifiziert. Die vergleichende Analyse arbeitet Unterschiede und Überschneidungen sowie allgemeine dogmatische Grundsätze heraus, etwa zur Beurteilung multifunktionaler Dienste. Besonderes Augenmerk gilt Diensten wie sozialen Netzwerken und Messengern, deren juristische Einordnung ungeklärt ist. Der Beitrag schließt mit begrifflichen Reformvorschlägen für das künftige Digitalrecht.

* Dr. iur., Professor für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

Inhaltsverzeichnis:

I. Einleitung: Dynamik und Komplexität der Digitalregulierung

II. Begrifflichkeit und Systematik des geltenden Rechts

1. Waren/Dienstleistungen

2. Analog/digital

3. IKT-Dienste

a) (Tele-)Kommunikationsnetze- und -dienste

b) Sonstige IKT-Dienste („digitale Dienste“)

aa) Zum Oberbegriff „digitaler Dienst“

(1) Dienst der Informationsgesellschaft

(2) Telemedien/elektronische Informations- und Kommunikationsdienste

(3) Digitale Dienste

bb) Inheldienste (content services)

(1) Zum Begriff „Inheldienst“

(2) Selbst verantwortete Inhalte

(3) Gesamtangebote auch von Drittinhalten (Inhalteplattformen)

cc) Vermittler/Intermediäre bzw. Plattformen für fremde Informationen

(1) Zu den Begriffen Vermittler und Plattform

(2) Reine Durchleitung (Access-Provider)

(3) Caching

(4) Online-Suchmaschinen

(5) Hosting-Dienste

(a) Video-Sharing-Plattform Dienste (VSPD)

(b) Dienste für das Teilen von Online-Inhalten (DTOI)

(c) Online-Marktplätze

(d) Online-Vermittlungsdienste

(e) Soziale Netzwerke

(f) Online-Plattformen

(g) Hosting-Dienste gem. TOI-VO und ECRL

(6) Übergreifende Begrifflichkeiten

(a) Vermittler/Vermittlungsdienst gem. ECRL/DSA-E

(b) Vermittler im Recht des geistigen Eigentums

(c) DMA: Zentrale Plattformdienste

(d) Medienintermediäre

III. Zusammenfassung und Ausblick

I. Einleitung: Dynamik und Komplexität der Digitalregulierung

- 1 Der Großtrend Digitalisierung hat seit mehr als 20 Jahren auch das EU-Recht und das deutsche Recht erfasst. Die erste Regulierungsphase betraf das Web 1.0 und erreichte ihren Höhepunkt mit der Dotcom-Blase zum Jahrtausendwechsel.¹ In diesem historischen Zusammenhang stehen die Richtlinie 98/48 zur Änderung der Notifizierungsrichtlinie auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, die den Begriff „Dienst(leistung) der Informationsgesellschaft“ etablierte;² die E-Commerce-Richtlinie (ECRL) 2000/31 mit ihren Haftungsprivilegien für bestimmte Dienste der Informationsgesellschaft, die „Vermittler“ genannt werden;³ die InfoSoc-RL 2001/29 mit einer Haftungsgrundlage für nicht näher spezifizierte „Vermittler“;⁴ sowie die Rahmen-RL 2002/21 für den Telekommunikationssektor.⁵ Rückblickend zeichnen sich diese überwiegend noch in Kraft befindlichen Rechtsakte durch einen vorsichtigen und zugleich offenen Regulierungsansatz aus, der die dynamische Entwicklung der „Informationsgesellschaft“ und ihrer Dienste fördern sollte.⁶
- 2 Und tatsächlich entstanden in der Folgezeit unter dem Label „Web 2.0“ zahlreiche neue Online-Dienste, bei denen die Internetnutzer vom Konsumenten (vgl. Amazon 1994, eBay 1995) zum zentralen Akteur avancierten – erinnert sei an Wikipedia (2001), Facebook (2004), YouTube (2005) und Twitter (2006).⁷ In der Rechtsprechung rückte ab 2001 die Frage der Haftung der Anbieter solch interaktiver Dienste für Gesetzesverstöße ihrer Nutzer in den Vordergrund, wobei sich die Rede von der

¹ Zur Entwicklung des Internets als Massenphänomen und juristisches Problem ab Mitte der 1990er Jahre vgl. *Hoeren*, NJW 1995, 3295; ferner *Rustad/D'Angelo*, Duke L. & Tech. Rev. 2011, No. 12, 3, 10; zur Entwicklung Googles ab 1998 a.a.O., 12.

² Richtlinie 98/48/EG v. 20.7.1998 zur Änderung der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABl. L 217/18.

³ Art. 2 Buchst. a, Abschnitt 4 und EG 40, 45 Richtlinie 2000/31/EG v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt ("Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr", **ECRL**), ABl. L 178/1.

⁴ EG 50 ebd. und Art. 5 Abs. 1, 8 Abs. 3, EG 59 Richtlinie 2001/29/EG v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (**InfoSoc-RL**), ABl. L 167/10; zur Umsetzung von Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL durch die etablierten Grundsätze der Störerhaftung Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, BT-Drucks. 15/38, 39 f.

⁵ Richtlinie 2002/21/EG v. 7.3.2002 über einen gemeinsamen Rechtsrahmen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (Rahmenrichtlinie), ABl. L 108/33.

⁶ Schlussanträge des Generalanwalts Saugmandsgaard Øe, Rs. C-401/19, Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union, ECLI:EU:C:2021:613 Rn. 132; EG 11 RL 98/48/EG; EG 2 f. ECRL.

⁷ *Rustad/D'Angelo*, Duke L. & Tech. Rev. 2011, No. 12, 3, 12 m.w.N.

„Plattform“ einbürgerte.⁸ Parallel dazu diagnostizierte die Ökonomik auf mehrseitigen digitalen Märkten mit Netzwerkeffekten starke Vermachtungspotentiale.⁹ Die Regulierung solcher „Plattformmärkte“ wurde ab 2015 ein bedeutendes juristisches und rechtspolitisches Thema, dem zahlreiche Studien und Strategiepapiere gewidmet wurden.¹⁰ Die soweit ersichtlich erste Legaldefinition einer Online-Plattform findet sich im französischen Gesetz „pour une République numérique“ vom 7.10.2016.¹¹ Zu dieser Zeit setzte auch in der EU und in Deutschland ein regelrechter Regulierungsstrom ein, der unterschiedlichste Aspekte digitaler Dienste/Plattformen betrifft und bis heute nicht abgeebt ist.¹² In chronologischer Reihenfolge ihres Erlasszeitpunkts zu nennen sind:

- Richtlinie 2016/1148 v. 6.7.2016 über Maßnahmen zur Gewährleistung eines hohen gemeinsamen Sicherheitsniveaus von Netz- und Informationssystemen in der Union, ABl. L 194/1 (Network and Information Systems Directive, **NIS-RL**)
- Neuntes Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen v. 1.6.2017, BGBl. 2017 I 1416 (**9. GWB-Novelle**)

⁸ Gem. Suche auf juris nach „Plattform“ und Autor/Gericht „BGH“ erstmals BGH, Urt. v. 7.11.2001, VIII ZR 13/01 (Vertragsabschlüsse auf einer „Auktionsplattform“); BGH, Urt. v. 11.3.2004, I ZR 304/01 („Versteigerungsplattform“) und seit 2008 häufiger. Der EuGH spricht inzwischen auch dann von Plattformen, wenn dieser Begriff in den einschlägigen EU-Rechtsakten nicht verwendet wird; vgl. EuGH, C-434/15, EU:C:2017:981 Rn. 14 – Asociación Profesional Elite Taxi; EuGH, C-390/18, EU:C:2019:1112 Rn. 29 – Airbnb Ireland („elektronische Plattform“ AirBnB ein „Dienst der Informationsgesellschaft“?); EuGH, verb. Rs. C-682/18 und C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503 Rn. 9, 60 – Peterson und Elsevier (YouTube betreibe eine „Internetplattform“ bzw. „Video-Sharing-Plattform“; Cyando eine „Sharehosting-Plattform“).

⁹ *Rochet/Tirole*, JEEA 1 (2003), 990

¹⁰ *Europäische Kommission*, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final; *Europäische Kommission*, Online-Plattformen im digitalen Binnenmarkt Chancen und Herausforderungen für Europa, COM(2016) 288 final; aus der Literatur z.B. *Lobel*, Minn. L. Rev. 101 (2016), 87; *Riefa*, Consumer Protection and Online Auction Platforms, 2015; *Sénéchal*, EuCML 5 (2016), 39; *Bostoen*, Internet Policy Review 7 (2018); *Strowel/Vergote*, Digital Platforms: To Regulate or Not To Regulate? Message to Regulators: Fix the Economics First, Then Focus on the Right Regulation, in: Devolder, The Platform Economy, 2019, 3 ff.; *Colomo*, ZEuP 29 (2021), 8; *Naumann/Rodenhausen*, ZEuP 28 (2020), 768, 771 f.

¹¹ Art. 49 LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique.

¹² Zum digitalen Urheberrecht GA Saugmandsgaard Øe, Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union (Fn. 6), Rn. 133, 136; zur Online-Regulierung als „evolutionärem“ Verfahren *Podszun*, Empfiehlt sich eine stärkere Regulierung von Online-Plattformen und anderen Digitalunternehmen?, Gutachten F zum 73. DJT 2020/2022, 2020, 62 ff.; zur Evaluierung bestehender Regelungen z.B. §§ 19a Abs. 4 GWB, 89 MStV, Art. 33 AVMD-ÄRL, 38 DMA-V, 73 DSA-V.

- Verordnung 2017/1128 v. 14.6.2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt, ABl. L 168/1 (**Portabilitäts-VO**)
- Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken v. 1.9.2017, BGBl. I 3352 (Netzwerkdurchsetzungsgesetz, **NetzDG**)
- Verordnung 2018/302 v. 28.2.2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking, ABl. L 60/1 (**Geoblocking-VO**)
- Richtlinie 2018/1808 v. 14.11.2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. L 303/69 (**AVMD-ÄRL**)
- Richtlinie 2018/1972 v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321/36 (**EKEK**)
- Richtlinie 2019/790 v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt, ABl. L 130/92 (**DSM-RL**)
- Verordnung 2019/881 v. 17.4.2019 über die ENISA (Agentur der Europäischen Union für Cybersicherheit) und über die Zertifizierung der Cybersicherheit von Informations- und Kommunikationstechnik, ABl. L 151/15 (**Cybersicherheits-VO**)
- Richtlinie 2019/770 v. 20.5.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen, ABl. L 136/1 (**Digitale Inhalte-RL**)
- Verordnung 2019/1148 v. 20.6.2019 über die Vermarktung und Verwendung von Ausgangsstoffen für Explosivstoffe, ABl. L 186/1 (**Explosivstoff-VO**)
- Verordnung 2019/1150 v. 20.6.2019 zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten, ABl. L 186/57 (**P2B-VO**)

- Richtlinie 2019/2161 v. 27.11.2019 zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, ABI. L 328/7 (**Modernisierungs-RL**)
- Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland v. 24.-28.4.2020 mit Medienstaatsvertrag (**MStV**)
- Gesetz zur Änderung des Telemediengesetzes und weiterer Gesetze v. 19.11.2020, BGBl. I 2456 (**TMGÄG**)
- Vorschlag für eine Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste v. 15.12.2020, COM/2020/825 (Gesetz über digitale Dienste/Digital Services Act, **DSA-V**)
- Vorschlag für eine Verordnung über bestreitbare und faire Märkte im digitalen Sektor v. 15.12.2020, COM/2020/842 (Gesetz über digitale Märkte/Digital Markets Act, **DMA-V**)
- Vorschlag für eine Richtlinie über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der Union und zur Aufhebung der Richtlinie 2016/1148 v. 16.12.2020, COM/2020/823 (**NIS2-V**)
- Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 und anderer Bestimmungen v. 18.1.2021, BGBl. I 2 (GWB-Digitalisierungsgesetz, **10. GWB-Novelle**)
- Zweites Gesetz zur Änderung des Jugendschutzgesetzes v. 9.4.2021, BGBl. I 742 (**2. JuSchÄG**)
- Verordnung 2021/784 v. 29.4.2021 zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, ABI. L 172/79 (**TOI-VO**)
- Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes v. 31.5.2021 mit Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, **UrhDaG**), BGBl. I 1204

- Gesetz zur Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes v. 3.6.2021, BGBl. I 1436 (**NetzDGÄG**)
- Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2018/1972 und zur Modernisierung des Telekommunikationsrechts v. 23.6.2021, BGBl. I 1858 (Telekommunikationsmodernisierungsgesetz, **TKGModG**)
- Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen v. 25.6.2021, BGBl. I 2123
- Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags v. 25.6.2021, BGBl. I 2133

3 Diese 26 Gesetze und Gesetzesvorschläge werden im Folgenden im Hinblick auf die jeweils erfassten Dienste und damit zugleich ihren diesbezüglichen Anwendungsbereich untersucht.¹³ Es geht in diesem Beitrag also nicht um eine Typologie unabhängig vom positiven Recht,¹⁴ sondern um juristische Begriffsarbeit, die allerdings zugleich die technisch-soziale Funktionalität der Dienste im Blick behält. Der Mehrwert im Vergleich zur Sekundärliteratur zu einzelnen Rechtsakten besteht in der vergleichenden, rechtsgebietsübergreifenden Übersicht.¹⁵ Gefragt wird, in welchem Verhältnis die zahlreichen Dienstebegriffe zueinander stehen.¹⁶ Gibt es insoweit eine Systematik bzw. Taxonomie, die es dem Rechtsanwender erleichtert, den dienstebezogenen Anwendungsbereich der Gesetze schnell und eindeutig zu bestimmen? Oder herrschen, wie zuletzt vom Europäischen Wirtschafts- und

¹³ Ausgeklammert bleibt insbesondere das digitale Gesellschafts- und Finanzdienstleistungsrecht. Die Analyse stützt sich vornehmlich auf die aufgezählten Primärquellen. Die jeweils umfangreich verfügbare Sekundärliteratur wurde nur vereinzelt herangezogen. Zur Terminologie in anderen Rechtsordnungen vgl. *Dinwoodie, Who are Internet Intermediaries?*, in: Frosio, *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, 2020, 37, 45 ff. m.w.N.; ferner *Dinwoodie* (Hrsg.), *Secondary Liability of Internet Service Providers*, 2017.

¹⁴ Zum Sinn und zu den Grenzen eines solchen Unterfangens *Dinwoodie, Intermediaries* (Fn. 13), 47 ff.

¹⁵ Vgl. beispielsweise die jeweils isolierte Darstellung der Dienste bzw. Anwendungsbereiche einzelner Gesetze bei *Marx, jurisPK-Internetrecht*, Kap. 1.2-1.4.

¹⁶ Ausgeklammert bleibt hingegen die Frage, wer in subjektiver Hinsicht „Anbieter“ des betreffenden Dienstes und demgemäß persönlicher Adressat der Norm ist; vgl. dazu etwa Art. 2 Buchst. b ECRL, Art. 2 Nr. 3 P2B-VO, Art. 1 Buchst. da AVMD-ÄRL, § 1 Abs. 1 Buchst. d MStV, § 2 Nr. 1 Telemediengesetz v. 26.02.2007, BGBl. I S. 179, 251 (**TMG**); zum DSA- und DMA-V *Dietrich/Vinje, CRi* 22 (2021), 33, 35. Ebenfalls nicht eingegangen wird im Folgenden auf die in vielen Digitalrechtsakten enthaltenen Differenzierungen im Hinblick auf die Größe (insbes. Nutzerzahl) bestimmter Dienste; vgl. etwa § 1 Abs. 2 NetzDG, § 78 S. 2 und § 91 Abs. 2 MStV, Art. 28b Abs. 3 UAbs. 2 AVMD-ÄRL, 11 Abs. 5 und 12 Abs. 7 P2B-VO, 98 EKEK.

Sozialausschuss im DSA-Gesetzgebungsverfahren beklagt, begriffliche Unübersichtlichkeit und Unklarheit?¹⁷

- 4 Ein solch holistischer Zugriff ist aus mehreren Gründen weiterführend. Erstens nimmt das Abgrenzungsbedürfnis zwischen Rechtsakten und Dienstebegriffen mit dem Anwachsen sowohl spezieller Sondernormen – etwa für die „Dienste für das Teilen von Online-Inhalten“¹⁸ oder die „Video-Sharing-Plattform-Dienste“¹⁹ – als auch nicht deckungsgleicher Oberbegriffe wie „Vermittler“, „Online-Vermittlungsdienst“ oder „Medienintermediär“ zu.²⁰ Die Subsumtionsarbeit kann sich unter diesen Umständen nicht mehr auf eine einzelne Legaldefinition beschränken, sondern muss nach dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung redundante sowie angrenzende Begrifflichkeiten mit reflektieren. Die für diese systematische Exegese notwendige Gesamtübersicht fördert zweitens Überlappungen des Anwendungsbereichs von

¹⁷ Siehe *Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss*, Stellungnahme zu dem „Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über einen Binnenmarkt für digitale Dienste (Gesetz über digitale Dienste) und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG“, 2021/C 286/13, Ziff. 3.9 („Zwar wird in dem Vorschlag deutlich gemacht, dass er als *lex generalis* zu betrachten ist, allerdings werden im Rahmen verschiedener Instrumente viele ganz ähnliche Begriffe gebraucht. Daher könnte die Einhaltung der Vorschriften zu mühsam werden und mit zusätzlichen Kosten für Unternehmen sowie für Verbraucherinnen und Verbraucher verbunden sein. Zum Beispiel ist in dem Vorschlag der Begriff „Online-Plattform“ definiert, während in der P2B-VO der Begriff „Plattform“ zwar nicht definiert ist, aber verwendet wird. In der DSM-RL wiederum wird der Begriff „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ verwendet, und im Vorschlag für das Gesetz über digitale Märkte ist von „Gatekeepern“ und „zentralen Plattformdiensten“ die Rede.“). Ferner *Busch, Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2020, 667, 668; zum MStV *Frey/Rudolph/Frey/Radtke*, CR 2021, 209, 215; *Ory*, ZUM 2021, 472, 480; zur P2B-VO *Naumann/Rodenhausen*, ZEuP 2020, 768, 796 f.

¹⁸ Zum Verhältnis zwischen Art. 17 DSM-RL und dem sonstigen digitalen Urheberrecht *Nordemann/Waiblinger*, GRUR 2020, 569 ff.

¹⁹ Zur Unterscheidung zwischen „sozialen Netzwerken“ und „Videosharingplattform-Diensten“ als Adressaten des NetzDG RegE NetzDGÄG v. 27.04.2020, BT-Drucks. 19/18792 (**RegE NetzDGÄG**), 18.

²⁰ Zum Verhältnis zwischen der Richtlinie (EU) 2015/1535 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft, ABI. L 241/1 (**Notifizierungs-RL 2015/1535**) in Bezug auf „Dienste der Informationsgesellschaft“ und dem digitalen Urheberrecht siehe EuGH, C-299/17, ECLI:EU:C:2019:716 – VG Media und *Heinze*, ZUM 2019, 843, 845 („In einer Zeit, in der neben die technologieneutralen Regeln des klassischen Immaterialgüterrechts zunehmend sektorielle und z. T. auf konkrete Dienste bezogene Vorschriften treten, etwa zur Regulierung von Plattformen, dürfte es also nicht die letzte Begegnung des Urheberrechts mit den Notifizierungspflichten des Binnenmarktes gewesen sein.“); zum Verhältnis zwischen der Notifizierungs-RL 2015/1535 und § 19a GWB *Schubert*, NZKart 2021, 338 ff.; zur P2B-VO *Alexander*, WRP 2020, 945, 949 und *Schneider/Kremer*, WRP 2020, 1128, 1131; zum DSA-V *Janal*, ZEuP 2021, 227, 235 f.; zum DSA-V, zum NetzDG und zum MStV *European Commission*, Detailed opinion and comments on Notification 2021/159/D, Statutes of the State media authorities on the Regulation of media intermediaries pursuant to Article 96 of the State Media Treaty, <https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/2021/07/Statutes-of-the-State-media-authorities-on-the-Regulation-of-media.pdf> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021), 5 sowie *Pohle*, K&R 2021, 86 ff., 91 (nicht aufeinander abgestimmte Regelungen); zum Verhältnis zwischen DMA-V und GWB *Zimmer/Göhsl*, ZWeR 2021, 29, 56 ff.

Gesetzen zutage, die wertungsmäßig problematisch sein können.²¹ Und drittens kann eine solche Bestandsaufnahme dazu beitragen, für das noch immer junge Digitalrecht eine kohärente und entschlackte Begrifflichkeit de lege ferenda zu entwickeln.²²

II. Begrifflichkeit und Systematik des geltenden Rechts

- 5 Die folgende Durchsicht der genannten Digitalrechtsakte der ersten und zweiten Generation ergibt keine kohärente Systematik. Manche Dienste werden unter mehrere Oberbegriffe subsumiert, die eigentlich strikt geschieden werden. Andere Dienstebegriffe und damit Anwendungsbereiche verschiedener Gesetze überlappen sich. Eine gewisse Ordnung nach Maßgabe der Art und Funktionalität eines Dienstes ist aber dennoch möglich.

1. Waren/Dienstleistungen

- 6 Zunächst schlägt sich die Systematik des Unionsprimärrechts²³ auch in der Digitalregulierung nieder, und zwar insoweit, als auch hier zwischen Waren und Dienstleistungen zu unterscheiden ist. Bei warenbezogenen Regelungen geht es primär um körperliche Gegenstände (Sachen), bei dienstleistungsbezogenen um Tätigkeiten, genauer um das Angebot digitaler Inhalte/Daten, um die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form oder um die Ermöglichung des Zugangs zu solchen Daten.²⁴ Doch sind bereits hier die juristischen Grenzen fließend, etwa im Hinblick auf Verträge über „Waren mit digitalen Elementen“ (smart products) und Datenträger.²⁵ Der Begriff des „Online-Marktplatzes“ erfasst sowohl Dienste, die Transaktionen über körperliche Waren vermitteln, als auch solche, die den Abschluss von „Online-Dienstleistungsverträgen“ ermöglichen.²⁶

²¹ Zur Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit der positivrechtlichen Systematisierung in diesem Bereich *Dinwoodie*, *Intermediaries* (Fn. 13), 56; *Paal/Heidtke*, ZUM 2020, 230, 235.

²² Zu diesem Erfordernis *Rodríguez de las Heras Ballell*, *VerfBlog*, 2021/8/30, <https://verfassungsblog.de/power-dsa-dma-02/> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021); Für eine eigenständige Kategorie von „Plattformunternehmen“ aus wettbewerbsrechtlicher Sicht *Podszun* (Fn. 12), 28.

²³ Vgl. Art. 26 Abs. 2, 28 ff. und 56 ff. AEUV.

²⁴ Vgl. Art. 1 und 2 Nr. 1-3 Digitale Inhalte-RL, § 327 Abs. 2 BGB.

²⁵ Vgl. Art. 2 Nr. 3, 3 Abs. 3 und 4 Digitale Inhalte-RL; §§ 327 Abs. 5, 475a-e, 650 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB. Zur „digitalen Distribution“ auch körperlicher Produkte *Rohrßen*, ZVertriebsR 2021, 71 f.

²⁶ S.u. II 3 b cc (5)(c).

2. Analog/digital

- 7 Bei den hier im Fokus stehenden Dienst(leistung)en ist sodann zwischen nicht-digitalen Dienstleistungen einerseits und Dienstleistungen unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) andererseits zu unterscheiden. Die Frage, welche Dienste noch als nicht-digital gelten können und damit von vornherein jenseits der hier betrachteten Rechtsakte liegen, wird mit zunehmender Digitalisierung aller Lebensbereiche ebenfalls schwieriger.
- 8 Beleg hierfür sind die ausdrücklichen Abgrenzungsregelungen in Art. 3 Abs. 5 Buchst. a und g Digitale Inhalte-RL. Demnach gilt diese Richtlinie weder für Verträge über „die Erbringung von Dienstleistungen, die keine digitalen Dienstleistungen sind, unabhängig davon, ob der Unternehmer digitale Formen oder Mittel einsetzt, um das Ergebnis der Dienstleistung zu generieren oder es dem Verbraucher zu liefern oder zu übermitteln“ (Buchst. a) noch für „die Bereitstellung digitaler Inhalte, wenn die digitalen Inhalte der Öffentlichkeit auf eine andere Weise als durch Signalübermittlung als Teil einer Darbietung oder Veranstaltung, wie einer digitalen Kinovorführung, zugänglich gemacht werden“ (Buchst. g). Im Umkehrschluss zeichnen sich digitale Dienste also dadurch aus, dass sie ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien auf „elektronischem“ Wege unter Einsatz von IKT (und nicht etwa analog wie beim Postversand) angeboten und erbracht werden.²⁷
- 9 Doch wie bei praktisch allen hier adressierten Unterscheidungen gibt es auch zwischen analogen und digitalen Diensten einen Graubereich. Dieser wurde vom EuGH in seinen Urteilen zum Begriff der „Dienstleistung der Informationsgesellschaft“ ausgelotet. Demnach ist ein Dienst wie Uber als integraler Bestandteil einer physischen Verkehrsdienstleistung und damit als nicht-digital zu betrachten,²⁸ während eine Smartphone-Applikation, die eine Verbindung zwischen Taxikunden und Taxifahrern herstellt,²⁹ und ein Dienst wie AirBnB, der gesonderte Immobiliengeschäfte vermittelt, als „Dienste der Informationsgesellschaft“ und damit

²⁷ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Buchst. b, i und Anhang I Nr. 1 und 2 Notifizierungs-RL 2015/1535; EG 18 S. 3 ECRL; EuGH, Airbnb Ireland (Fn. 8), Rn. 47; § 327 Abs. 6 Nr. 1 und Nr. 7 BGB.

²⁸ EuGH, Asociación Profesional Elite Taxi (Fn. 8), Rn. 50; EuGH, C-320/16, EU:C:2018:221 Rn. 21 – Uber France.

²⁹ EuGH, C-62/19, ECLI:EU:C:2020:980 – Star Taxi App.

der Digitalregulierung unterliegend einzuordnen sind.³⁰ Wie bei der Unterscheidung zwischen Ware und Dienstleistung ist (selbstverständlich) auch die Analog/Digital-Differenz eine juristische (Ent-)Scheidung, die keine vorgegebene Essenz des Digitalen akzeptiert.

3. IKT-Dienste

- 10 Die ganze Begriffsvielfalt der gegenwärtigen Digitalregulierung entfaltet sich indes erst unterhalb der nur vergleichsweise selten zum Tragen kommenden Unterscheidungen Ware/Dienstleistung und analog/digital. Ein Oberbegriff für dieses weite Feld ist weder im Unionsrecht noch im deutschen Recht etabliert. Vorzugswürdig erscheint insoweit die Rede vom IKT-Dienst, da hiermit sowohl in der Alltagssprache³¹ als auch im unionalen Cybersicherheitsrecht übergreifend Telekommunikationsdienste und Dienste auf der Inhalteebene des Netzes erfasst werden.³² Gem. Art. 2 Nr. 13 Cybersicherheits-VO bezeichnet „IKT-Dienst“ einen Dienst, „der vollständig oder überwiegend aus der Übertragung, Speicherung, Abfrage oder Verarbeitung von Informationen mittels Netz- und Informationssystemen besteht“. Letztgenannte „Netz- und Informationssysteme“ umfassen wiederum denkbar weit elektronische Kommunikationsnetze und damit den basalen Begriff des Telekommunikationsrechts³³ sowie Vorrichtungen zur automatischen Verarbeitung digitaler Daten und jene Daten als solche.³⁴ Den Terminus „IKT-Dienst“ als Oberbegriff zu verwenden passt schließlich gut zum umfassenden Zweck und Anwendungsbereich des Cybersicherheitsrechts. IKT wird dort begriffen als „Rückgrat der komplexen Systeme, die alltägliche gesellschaftliche Tätigkeiten unterstützen und unsere Volkswirtschaften in Schlüsselsektoren wie Gesundheit, Energie, Finanzen und Verkehr aufrechterhalten“, weshalb sie umfassend vor Cyberbedrohungen zu schützen sind.³⁵

³⁰ EuGH, Airbnb Ireland (Fn. 8), Rn. 50 ff.

³¹ Vgl. https://de.wikipedia.org/wiki/Informations-_und_Kommunikationstechnik (zuletzt abgerufen am 11.10.2021).

³² Zu dieser Unterscheidung unten 3 a und b.

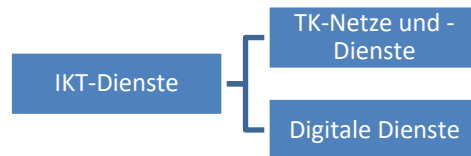
³³ Dazu unten 3 a.

³⁴ Art. 4 Nr. 1 NIS-RL i.V.m. Art. 2 Nr. 1 Cybersicherheits-VO; ferner Art. 4 Nr. 1 NIS2-V.

³⁵ Vgl. EG 1-3 Cybersicherheits-VO.

a) (Tele-)Kommunikationsnetze- und -dienste

- 11 Im Hinblick auf die Regulierung dieser IKT-Dienste wird sodann herkömmlicherweise unterschieden zwischen dem Telekommunikationsrecht und Vorschriften über digitale Inhalte und Applikationen.



- 12 Diese Differenzierung beruht zum einen auf dem rechtshistorisch kontingenten Regulierungsbedarf im Zuge der Liberalisierung des Telekommunikationssektors gegen Ende des 20. Jahrhunderts.³⁶ Zum anderen reflektiert sie aber doch auch die vor allem von *Benkler* herausgearbeitete phänomenologische Unterscheidung zwischen der vom TK-Recht adressierten Infrastrukturebene und der von anderen Vorschriften regulierten logischen und inhaltlichen Ebene des Internets.³⁷ Das unionale und deutsche TK-Recht betont seit jeher, dass in diesem Sinne zwischen der Regulierung der elektronischen Kommunikationsnetze und -dienste und der Regulierung von Inhalten bzw. Diensten, die mit Hilfe dieser TK-Netze und -Dienste erbracht werden, „klar“ zu trennen ist.³⁸
- 13 Eindeutig durchführen lässt sich diese Unterscheidung, soweit es um Vorschriften unmittelbar zu (Tele-)Kommunikationsnetzen geht. Denn hiermit ist in der Tat eine Infrastruktur oder sonstige Ressource gemeint, die eine Signalübertragung erst ermöglicht.³⁹ Abgrenzungsprobleme und Überlappungen zwischen dem TK-Recht und dem sonstigen Digitalrecht entstehen aber sogleich mit dem zweiten Zentralbegriff des TK-Rechts, nämlich dem (Tele-)Kommunikationsdienst. Denn dieser wird definiert als Dienst, der „über elektronische Kommunikationsnetze erbracht“ wird, also bereits

³⁶ Ricke, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, TKG § 1 Rn. 1.

³⁷ Benkler, The Wealth of Networks, 2006, 392 ff.; mit Verweis hierauf Marx, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 1.2, Rn. 14-28, 35; Riordan, The Liability of Internet Intermediaries, 2016, Rn. 2.40-2.86.

³⁸ Vgl. einerseits EuGH, C-142/18, ECLI:EU:C:2019:460 Rn. 28 – Skype Communications sowie Art. 1 Abs. 3, EG 7 und 17 EKEK (linearer Rundfunk, Videoabrufdienste, Websites, soziale Netzwerke, Blogs und der Informationsaustausch zwischen Maschinen nicht erfasst) und andererseits § 1 Abs. 3 TMG, Art. 1 Abs. 3 DMA-V.

³⁹ Art. 2 Nr. 1 EKEK und § 3 Nr. 65 TKG m.W.v. 1.12.2021.

„oberhalb“ der rein physischen Infrastrukturebene angesiedelt ist.⁴⁰ Um die basale Unterscheidung zwischen Infrastruktur und Logik- bzw. Inhalteebene dennoch aufrechtzuerhalten, werden von TK-Diensten zunächst negativ Dienste abgegrenzt, die „Inhalte über elektronische Kommunikationsnetze und -dienste anbieten oder eine redaktionelle Kontrolle über sie ausüben“. Ferner wird positiv bestimmt, dass Internetzugangsdienste, interpersonelle Kommunikationsdienste und Dienste, die „ganz oder überwiegend“ in der Übertragung von Signalen bestehen, zu den vom TK-Recht erfassten Diensten zählen.⁴¹

- 14 Insbesondere die letztgenannte Dienstkategorie bestätigt, dass auch die Unterscheidung zwischen TK- und Inhalteregulierung nicht im Wege technisch-essentialistischer Betrachtung, sondern funktional-wertend zu erfolgen hat.⁴² Zu fragen ist letztlich, ob ein digitaler Dienst primär unter dem Gesichtspunkt des Ob und Wie der Signalübertragung (Netzzugang, Konnektivität, Kapazitäten) Regulierungsbedarf aufwirft (dann TK-Recht) oder ob der Dienst aus rechtlicher Sicht vorrangig wegen der angebotenen oder vermittelten Inhalte (einschließlich Software) regelungswürdig erscheint. Internetbasierte E-Mail-Dienste wie Gmail und Messenger sind nach dieser funktional-teleologischen Betrachtung keine elektronischen Kommunikationsdienste im Sinne des TK-Rechts;⁴³ ein Voice-over-IP-Dienst hingegen sehr wohl.⁴⁴
- 15 Des Weiteren schließt eine Qualifikation als TK-Dienst es nicht aus, dass bestimmte Dienste zugleich unter Vorschriften fallen, die eigentlich die Inhalteebene des Netzes adressieren und „Dienste der Informationsgesellschaft“ bzw. digitale Dienste genannt werden.⁴⁵ Zum Abgrenzungsproblem treten also Überlappungen und damit Konkurrenzfragen im Verhältnis zwischen der TK- und der Inhalteregulierungsebene.⁴⁶

⁴⁰ Art. 2 Nr. 4 EKEK und § 3 Nr. 61 TKG m.W.v. 1.12.2021.

⁴¹ Art. 2 Nr. 4 EKEK und § 3 Nr. 61 TKG m.W.v. 1.12.2021.

⁴² RegE Telekommunikationsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 19/26108, 236 f. (verstärkt funktionaler Ansatz); *Ricke* (Fn. 36), TMG § 1 Rn. 6-8.

⁴³ Vgl. EuGH, C-193/18, ECLI:EU:C:2019:498, Rn. 34 ff. – Google; BGH, Beschluss v. 24.9.2019, VI ZB 39/18 Rn. 26 – Facebook Messenger; zu Kommunikationskanälen in Online-Spielen EG 17 a.E. EKEK;.

⁴⁴ EuGH, Skype Communications (Fn. 38), Rn. 46 ff.

⁴⁵ EuGH, Skype Communications (Fn. 38), Rn. 46-48; RegE Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (Fn. 42), 236 f.

⁴⁶ EG 10 EKEK („Die für Dienste der Informationsgesellschaft geltenden Bestimmungen ... finden auf diese elektronischen Kommunikationsdienste Anwendung, soweit die vorliegende Richtlinie oder sonstige Rechtsakte der Union keine spezifischeren Bestimmungen für elektronische Kommunikationsdienste enthalten.“).

Dies gilt insbesondere für Internetzugangsdienste⁴⁷ und nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste (insbes. Messenger), welche vom TK-Recht bereits nur noch punktuell erfasst werden.⁴⁸

b) Sonstige IKT-Dienste („digitale Dienste“)

- 16 Während das TK-Recht eine systematisch geschlossene Einheit bildet und daher für eine gewisse begriffliche Ordnung im Hinblick auf die erfassten Dienste gesorgt ist, sind die sonstigen Normen zu digitalen Dienst(leistung)en auf zahlreiche Einzelregelungen zu unterschiedlichsten Sachmaterien verstreut. Entsprechend groß ist die begriffliche Vielfalt.

aa) Zum Oberbegriff „digitaler Dienst“

- 17 Der Versuch einer Systematisierung dieses weiten Feldes wird wiederum dadurch erschwert, dass das geltende Recht keinen Oberbegriff bereithält.

(1) Dienst der Informationsgesellschaft

- 18 Aus unionsrechtlicher Sicht kommt hierfür auf den ersten Blick der seit 1998 unveränderte Begriff des „Dienstes der Informationsgesellschaft“ gem. Art. 1 Abs. 1 Buchst. b und Anhang I Notifizierungs-RL 2015/1535 in Betracht, definiert als „jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung“.
- 19 Einerseits handelt es sich hierbei um eine recht allgemein gehaltene Definition, die im Interesse des Binnenmarktgedankens und der in der Richtlinie vorgesehenen Notifizierungspflicht für mitgliedstaatliche „technische Vorschriften“ im Digitalbereich weit auszulegen ist.⁴⁹ Im Ansatz erfasst sind sämtliche elektronisch-digital (und nicht analog) erbrachten Dienstleistungen, bei der die Beteiligten nicht gleichzeitig physisch anwesend sind.⁵⁰ Demgemäß bauen sowohl die ECRL als auch der DSA-Vorschlag

⁴⁷ Vgl. einerseits Art. 4 Nr. 2 Buchst. a EKEK, § 3 Nr. 23 TKG m.w.V. 1.12.2021 und andererseits Art. 12 Abs. 1 ECRL, 8 Abs. 3 InfoSoc-RL, 2 Buchst. f 1. Spiegelstrich DSA-V, § 8 Abs. 3 TMG, § 20b Abs. 1b UrhG.

⁴⁸ Vgl. einerseits Art. 2 Nr. 7, 61 Abs. 2 Buchst. c und EG 18 S. 4 f., 44, 95, 151 EKEK, § 3 Nr. 24, 40, § 21 Abs. 2, § 163 Abs. 4 TKG m.w.V. 1.12.2021 und andererseits Art. 3 Abs. 5 Buchst. b Digitale Inhalte-RL; 1 Abs. 3 Buchst. b, 2 Nr. 9 DMA-V.

⁴⁹ Vgl. Art. 1 Buchst. e und f sowie 5 Notifizierungs-RL 2015/1535; EuGH, VG Media (Fn. 20), Rn. 28.

⁵⁰ Siehe Anhang I Nr. 1 Notifizierungs-RL 2015/1535 und oben II 2.

als zentrale, horizontale Digitalrechtsakte der Union auf dem Begriff des „Dienstes der Informationsgesellschaft“ auf und zählen hierzu namentlich Access-, Caching- und Hosting-Provider.⁵¹ Auch im DMA-Vorschlag wird der „digitale Sektor“ bestimmt als der „Sektor der Produkte und Dienstleistungen, die durch Dienste der Informationsgesellschaft bereitgestellt werden“.⁵² Dienste der Informationsgesellschaft sind ferner solche, mit denen eigene Inhalte (mit Ausnahme linearen Rundfunks, s.u.) angeboten werden,⁵³ sowie Suchmaschinen⁵⁴ und schon aufgrund ihrer Speicherfunktion wohl auch nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste wie Messenger.⁵⁵ Domain-Registrare und Admin-Cs ermöglichen zwar nicht unmittelbar die Speicherung und Verbreitung von Online-Informationen, die administrative Abwicklung der Domainregistrierung erfolgt aber gleichwohl ebenfalls entgeltlich, elektronisch und auf individuellen Abruf.⁵⁶

20 Andererseits erscheint die geltende Legaldefinition der „Dienste der Informationsgesellschaft“ in zweierlei Hinsicht als zu eng, um prospektiv als dogmatischer Oberbegriff für alle Digitaldienste jenseits des TK-Rechts fungieren zu können. Erstens ist sie auf „in der Regel gegen Entgelt erbrachte“, also in einem weiten Sinne „wirtschaftliche“ Dienstleistungen beschränkt.⁵⁷ Durch diese letztlich im Kompetenzgefüge der EU wurzelnde Einschränkung⁵⁸ geraten praktisch bedeutsame Dienste wie hoheitliche und private Internetseiten, nicht gewinnorientierte Online-Enzyklopädien (Wikipedia), bildungsbezogene oder wissenschaftliche Repositorien und Entwicklungs- und Weitergabe-Plattformen für quelloffene Software vorschnell aus dem regulatorischen Blick.⁵⁹ Zweitens werden durch das Merkmal „auf

⁵¹ Siehe unten II 3 b cc (1) und Art. 2 Buchst. a und EG 18 ECRL (weiter Bereich von wirtschaftlichen Tätigkeiten, die online vonstattengehen), 2 Buchst. a DSA-V sowie OLG Köln, Urt. v. 9.10.2020, 6 U 32/20 Rn. 68 – HERZ KRAFT WERKE.

⁵² Art. 2 Nr. 4 DMA-V.

⁵³ Vgl. §§ 2 Nr. 1, 7 Abs. 1 TMG sowie unten II 3 bb.

⁵⁴ EuGH, VG Media (Fn. 20), Rn. 30; vgl. ferner Art. 2 Nr. 5 P2B-VO (Suchmaschine als „digitaler Dienst“).

⁵⁵ *Spindler*, GRUR 2021, 653, 653 f. (zum Begriff der Online-Plattform im DSA-V).

⁵⁶ Anders zu § 2 Nr. 1 TMG und den Haftungsprivilegierungen der ECRL BGH, Urt. v. 15.10.2020, I ZR 13/19 Rn. 16-18 – Störerhaftung des Registrars.

⁵⁷ Vgl. hierzu EG 19 Notifizierungs-RL 98/48 und EuGH, Airbnb Ireland (Fn. 8), Rn. 45; EG 18 ECRL und EuGH, C-484/1, ECLI:EU:C:2016:689 Rn. 35 ff. – Mc Fadden; EG 5 DSA-V und *Spindler*, GRUR 2021, 545, 547; EG 16 EKEK (Nutzerdaten als Geldäquivalent).

⁵⁸ Vgl. Art. 26, 57, 114 AEUV; Art. 2 Nr. 5 Portabilitäts-VO; Art. 1 Abs. 1 Buchst. a i Richtlinie 2010/13/EU v. 10.03.2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste, ABl. L 95/1 (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, **AVMD-RL**).

⁵⁹ Vgl. EG 21 AVMD-RL, § 3 Nr. 1-3 UrhDaG.

individuellen Abruf eines Empfängers“ lineare Punkt-zu-Mehrpunkt Übertragungen, also Fernseh-, Hörfunk- und Teletextdienste ausgegrenzt,⁶⁰ was in Anbetracht der traditionellen Sonderrolle des Rundfunkrechts verständlich, aufgrund der seit langem wahrgenommenen Konvergenz der Medien jedoch prospektiv wenig attraktiv erscheint.⁶¹

(2) Telemedien/elektronische Informations- und Kommunikationsdienste

- 21 Der allgemeinste Begriff im deutschen Recht für digitale Dienste jenseits des TK-Rechts sind die „Telemedien“, zu denen gem. §§ 1 Abs. 1 TMG, 2 Abs. 1 S. 3 MStV grundsätzlich „alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste“ zählen.⁶² Anbieter solcher Dienste ist, wer „eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt“ (§ 2 Nr. 1 TMG). TMG und MStV enthalten keine weitere Definition der Begriffe „Telemedien“ bzw. „Informations- und Kommunikationsdienste“, sondern grenzen lediglich negativ TK-Dienste gem. § 3 Nr. 24 und 25 TKG und Rundfunk gem. § 2 Abs. 1 S. 1 und 2 MStV, also „lineare“ Informations- und Kommunikationsdienste, ab.
- 22 Damit erfasst der Telemedienbegriff letztlich sämtliche Online-Dienste, die auf individuellen Abruf des Nutzers zu beliebiger Zeit Informationen bieten und Kommunikation ermöglichen. Hierunter fallen sämtliche Websites mit eigenen Inhalten des jeweiligen Anbieters sowie Vermittler bzw. Plattformen aller Art, von Suchmaschinen über Online-Marktplätze, soziale Netzwerke und Messenger bis hin zu Access- und Caching-Providern, die jedenfalls im Hinblick auf die Haftungsprivilegierungen vom TMG (§§ 7-9) erfasst sind.⁶³ Der deutsche Telemedienbegriff ist ferner insoweit umfassender als der unionsrechtliche „Dienst der Informationsgesellschaft“, als er sich auch auf hoheitliche und sonst unentgeltliche Dienste wie z.B. Wikipedia erstreckt.⁶⁴

⁶⁰ Art. 1 Abs. 2 und Anhang I Nr. 3 Notifizierungs-RL 2015/1535.

⁶¹ Siehe noch unten II 3 b bb (1).

⁶² Zur Verwendung des Begriffs Telemedien in anderen gesetzlichen Vorschriften vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG sowie *Martini*, BeckOK InfoMedienR, 32. Ed. 1.2.2021, TMG § 1 Rn. 4-7 m.w.N.

⁶³ RegE Elektronischer-Geschäftsverkehr-Vereinheitlichungsgesetz – EIGVG, BT-Drs. 16/3078, 13; BGH, Facebook Messenger (Fn. 43), Rn. 26; *Martini*, BeckOK InfoMedienR, 32. Ed. 1.2.2021, TMG § 1 Rn. 4 ff.; *Marx*, jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl. 2021, Kap. 1.2, Rn. 128-134 und zu Access-Providern a.a.O., Rn. 143 m.w.N.

⁶⁴ § 1 Abs. 1 S. 2 TMG und *Paal/Hennemann*, BeckOK InfoMedienR, 32. Ed. 01.5.2021, TMG § 7 Rn. 20.

23 Als künftiger dogmatischer Oberbegriff für IKT-Dienste jenseits des TK-Rechts eignet sich jedoch weder das „Telemedium“ noch der synonyme „Informations- und Kommunikationsdienst“. Der erstgenannte Terminus ist weder aus sich heraus verständlich noch allgemeingebäuchlich; überdies kann ein eher zufällig im deutschen Recht entstandener Neologismus⁶⁵ nicht auf die inzwischen dominante europarechtliche Regulierungsebene verpflanzt werden, die mit autonomen Begriffen operiert. Die Rede vom „Informations- und Kommunikationsdienst“ ist ebenfalls blass und umständlich. Vor allen Dingen aber überkreuzt sie sich mit dem Begriff des „Kommunikationsdienstes“ im EU-Telekommunikationsrecht, der eine abweichende Bedeutung hat.⁶⁶ Schließlich erscheint wiederum die Ausgrenzung digital-linearer Rundfunkdienste überholt.⁶⁷

(3) Digitale Dienste

24 Als dogmatischer und auch positivrechtlicher Oberbegriff für sämtliche IKT-Dienste jenseits des TK-Rechts (also einschließlich des digitalen Rundfunks) bietet sich hingegen der „digitale Dienst“ an. Dieser Terminus erscheint hinreichend offen und technologieneutral, um auch auf längere Sicht Verwendung finden zu können. Er ist überdies noch weitgehend unverbraucht. Soweit ersichtlich, operiert derzeit lediglich das EU-Cybersicherheitsrecht mit dem Begriff „digitale Dienste“, und zwar in einem eng verstandenen Sinn als Bezeichnung von Online-Marktplätzen, Suchmaschinen und Cloud-Computing-Diensten.⁶⁸ Wie unsicher und fließend die einschlägige Begrifflichkeit ist, belegt jedoch der Vorschlag für eine neue Cybersicherheitsrichtlinie (NIS2-V) vom Dezember 2020, der das derzeitige, enge Begriffsverständnis bereits wieder aufgibt und stattdessen „digitale Dienste“ mit dem überkommenen Begriff „Dienste der Informationsgesellschaft“ gleichsetzt.⁶⁹ Das freilich ist entweder eine überflüssige Dopplung oder teleologisch verfehlt, weil sich das Cybersicherheitsrecht auch auf IKT-Dienste erstrecken sollte, die keine „Dienste der Informationsgesellschaft“ sind. Dies betrifft vor allen Dingen unentgeltliche, von der öffentlichen Hand betriebene Online-Dienste.⁷⁰

⁶⁵ Vgl. *Martini*, BeckOK InfoMedienR, 32. Ed. 1.2.2021, TMG § 1 Rn. 4 ff.

⁶⁶ Oben II 3 a.

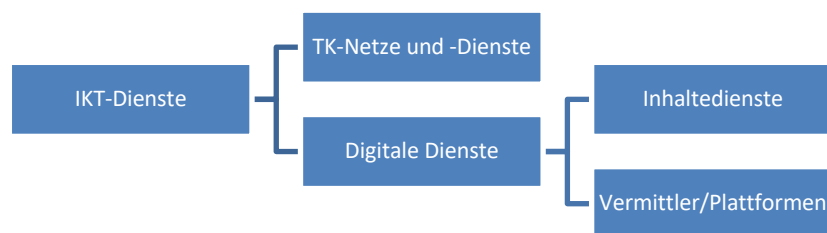
⁶⁷ Unten II 3 bb.

⁶⁸ Art. 4 Nr. 5, Anhang III NIS-RL, 2 Nr. 5 Cybersicherheits-VO.

⁶⁹ Vgl. Art. 4 Nr. 16 NIS2-V.

⁷⁰ Zu deren Ausgrenzung aus der Notifizierungs-RL 2015/1535 oben II 2 b aa (1).

- 25 In einem solcherart weiten, noch nicht näher ausdifferenzierten Sinne findet der Terminus „digitale Dienste“ (digital services) bereits in der P2B-VO Verwendung.⁷¹ Ein ebenso allgemeines Begriffsverständnis steht hinter dem Titel des Kommissionsvorschlags für ein horizontales „Gesetz über digitale Dienste“ (DSA-Vorschlag).⁷² Und auch im DMA-Vorschlag werden mehrere zentrale Plattformdienste als „digitale Dienste“ bezeichnet.⁷³
- 26 In Anknüpfung hieran wird der Terminus „digitale Dienste“ im Folgenden als Oberbegriff für sämtliche IKT-Dienste jenseits des Telekommunikationsrechts verwendet. Diese „sonstigen“ digitalen Dienste lassen sich sodann in zwei Untergruppen einteilen, nämlich (1) Dienste, die eigene Inhalte bereitstellen („Inhaltedienste“), sowie (2) Dienste, die fremde Informationen speichern oder zugänglich machen (Vermittler/Plattformen).



bb) Inhaltedienste (content services)

(1) Zum Begriff „Inhaltedienst“

- 27 Für die erstgenannte Dienstekategorie wird hier in Übereinstimmung mit dem jüngeren EU-Urheberrecht der Begriff „Inhaltedienste“ verwendet.⁷⁴ Diese Dienste bilden technisch und funktional den Gegenpol zu den TK-Diensten, bei denen es um die Bereitstellung der technischen Infrastruktur für die Vermittlung von Inhalten geht.

⁷¹ Vgl. Art. 2 Nr. 5 P2B-VO (Online-Suchmaschine als „digitaler Dienst“).

⁷² Zur allgemeinen Bedeutung des DSA-Vorschlags vgl. COM/2020/825 final, 1; *Kaesling*, ZUM 2021, 177 („Plattformgrundgesetz“). Von „elektronisch erbrachten Dienstleistungen“ spricht Art. 2 Nr. 1 Geoblocking-VO („Dienstleistungen, die über das Internet oder ein elektronisches Netz erbracht werden, deren Erbringung aufgrund ihres Charakters im Wesentlichen automatisiert und nur mit minimaler menschlicher Beteiligung erfolgt und die ohne Informationstechnologie nicht erbracht werden können“).

⁷³ Siehe EG 1 und Art. 2 Nr. 2-11 DMA-V sowie unten II 3 b bb (6)(c); ferner COM/2020/842 final, 1 („Heute umfassen digitale Dienste viele Bereiche des täglichen Lebens. Dazu gehören Online-Vermittlungsdienste, z. B. Online-Marktplätze, Online-Dienste sozialer Netzwerke, Online-Suchmaschinen, Betriebssysteme und Stores für Software-Anwendungen.“).

⁷⁴ Vgl. Art. 2 Nr. 5 Portabilitäts-VO („Online-Inhaltedienst“), EG 62 UAbs. 1 DSM-RL (Audio- und Video-Streamingdienste), § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhDaG, § 20c Abs. 1 UrhG.

Während die Anbieter von TK-Diensten keine Kontrolle über und konsequent nur minimale Verantwortung für übertragene Daten haben, trifft Anbieter von Inheldiensten die volle Verantwortung für das, was sie als eigenen Inhalt zugänglich machen. Zwischen den TK- und den Inheldiensten stehen diverse Vermittler/Plattformen, die eine gewisse Kontrolle und korrespondierende Verantwortung für die Speicherung bzw. Zugänglichmachung fremder Inhalte haben (unten cc).

- 28 Im geltenden Digitalrecht ist die Kategorie des Inheldienstes bisher nur punktuell in Erscheinung getreten. Im Vordergrund stehen kleinteiligere Begrifflichkeiten, die auf traditionellen medienrechtlichen Differenzierungen im Hinblick auf die Art des Inhalts und seiner Vermittlung sowie auf dem hieraus abgeleiteten Regulierungsbedarf beruhen. Insbesondere werden Fernseh- und Hörfunkdienste („Rundfunk“) begrifflich und regulatorisch weiterhin von Diensten der Informationsgesellschaft/Telemedien geschieden.⁷⁵ Erstere bieten Inhalte auf der Grundlage eines Sendeplans „linear“, also gleichzeitig für eine unbegrenzte Zahl von Empfängern an, Letztere stehen den Nutzern zu Zeitpunkten ihrer Wahl zum Abruf zur Verfügung.⁷⁶ Ferner unterliegen Bewegtbilder und Töne anderen Vorschriften als journalistische Text- und Bildangebote.⁷⁷
- 29 In einer künftigen europäischen Dogmatik der Digitaldienste sollten diese vertriebs- und inhaltsbezogenen Unterscheidungen keine prominente Rolle mehr einnehmen. Die Grenzen zwischen linearen Sendungen und Abrufdiensten bzw. zwischen Bewegtbilddiensten und solchen, die hauptsächlich statische Bilder und Texte bereithalten, sind sowohl technisch als auch im Hinblick auf ihre Nutzung und meinungsbildende Wirkung fließend.⁷⁸ Entsprechend zweifelhaft ist es, grundlegende rechtssystematische Differenzierungen an diesen überkommenen Kategorien

⁷⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 2 Notifizierungs-RL 2015/1535, 1 Abs. 1 Buchst. e und g AVMD-RL.

⁷⁶ Vgl. Anhang I Nr. 3 Notifizierungs-RL 2015/1535, Art. 1 Abs. 1 Buchst. 3 AVMD-RL (Fernsehprogramm), § 2 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 und 2 MStV (lineare Informations- und Kommunikationsdienste).

⁷⁷ Vgl. § 30 Abs. 7 MStV und Art. 2 Nr. 4, 15 DSM-RL.

⁷⁸ Zu „fernsehähnlichen“ Abrufdiensten und „Near-video-on-demand“-Diensten EG 24 und 27 AVMD-RL; § 2 Abs. 3 MStV; *Gundel*, ZUM 2019, 131, 132. Zu audiovisuellen im Gegensatz zu „textgestützten“ Inhalten EG 23 AVMD-RL und EuGH, C-347/14, ECLI:EU:C:2015:709 Rn. 34 – New Media Online (es komme darauf an, ob der in einer Subdomain Video angebotene Dienst in Inhalt und Funktion gegenüber den Presseartikeln des Verlegers einer Online-Zeitung eigenständig oder untrennbar mit der journalistischen Tätigkeit dieses Verlegers verknüpft ist).

auszurichten.⁷⁹ Konsequenterweise operieren das unionale Medien- und Urheberrecht bereits mit übergreifenden Begrifflichkeiten. So unterwirft die AVMD-RL bereits seit 2010 Fernsehprogramme und nichtlineare Abrufdienste unter dem Begriff der „audiovisuellen Mediendienste“ gemeinsamen grundlegenden Vorschriften, um die „Entstehung eines einheitlichen Informationsraums zu erleichtern“.⁸⁰ Parallel hierzu umfasst das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach internationalem und unionalem Urheberrecht sowohl die lineare Sendung als auch die öffentliche Zugänglichmachung auf Abruf.⁸¹

- 30 Hier aufgegriffen wird allerdings die noch abstraktere Begrifflichkeit des Inheldienstes. Für sie spielt es keine Rolle, welche Daten⁸² und damit welche wahrnehmbaren Informationen angeboten werden.⁸³ Maßgebliches Kennzeichen eines Inheldienstes im Unterschied zu TK-Diensten (oben) und Vermittlern/Plattformen (unten) ist vielmehr die Kontrolle des Anbieters über die zugänglich gemachten Inhalte. Nach deutscher Haftungsrechtsdogmatik handelt es sich um genuin eigene oder jedenfalls zu eigen gemachte Inhalte des Anbieters.⁸⁴
- 31 Freilich kann die über angebotene Inhalte ausgeübte Kontrolle auch nach der Legaldefinition des Online-Inheldienstes gem. Art. 2 Nr. 5 Portabilitäts-VO zwei funktional und regulatorisch zu unterscheidende Formen annehmen. In der ersten Fallgruppe trägt der Anbieter unmittelbar die redaktionelle Verantwortung für die Inhalte (dazu (2)), in der zweiten verantwortet der Anbieter lediglich das Gesamtangebot einer geschlossenen „Medienplattform“, auf der sich auch von Dritten erstellte Inhalte finden (dazu (3)).

⁷⁹ Cornils, ZUM 2019, 89, 99 f.; zum Unionsrecht Gündel, ZUM 2019, 131, 132.

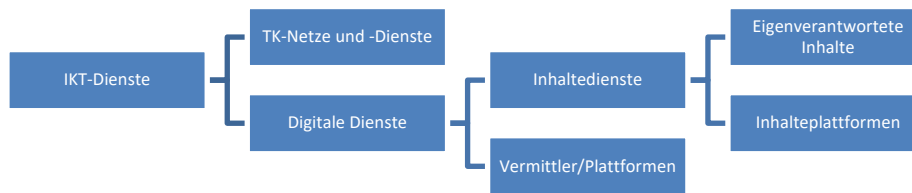
⁸⁰ Vgl. EG 11 und Art. 1 Abs. 1 Buchst. a, c und d AVMD-RL.

⁸¹ Vgl. Art. 8 WCT (1996), Art. 3 InfoSoc-RL und Art. 17 Abs. 1 DSM-RL mit §§ 19a, 20 UrhG; ferner Rehlinger/Peukert, Urheberrecht, 18. Aufl. 2018, Rn. 379 ff.

⁸² Vgl. Art. 2 Nr. 1 des Vorschlags über europäische Daten-Governance (Daten-Governance-Gesetz), COM/2020/767 final („Daten“ als „jede digitale Darstellung von Handlungen, Tatsachen oder Informationen sowie jede Zusammenstellung solcher Handlungen, Tatsachen oder Informationen auch in Form von Ton-, Bild- oder audiovisuellem Material“).

⁸³ EG 1 Portabilitäts-VO (Dienste, die urheberrechtliche Schutzgegenstände wie Musik, Spiele, Filme, Unterhaltungsprogramme oder Sportberichte „in linearer Form oder auf Abruf“ bereitstellen).

⁸⁴ Vgl. § 7 Abs. 1 TMG (Informationen, die Diensteanbieter zur Nutzung bereithalten); § 14a Abs. 1 S. 1 JuSchG.



(2) Selbst verantwortete Inhalte

32 Bei der ersten Unterkategorie der Inhaltendienste kontrolliert der jeweilige Anbieter unmittelbar die Erstellung bzw. Zusammenstellung der Inhalte wie auch ihre Bereitstellung.⁸⁵ Konsequentermaßen trifft ihn die volle inhaltlich-redaktionelle Verantwortung. Über eine solche Kontroll- und Verantwortungsposition verfügen Rundfunk- bzw. Fernsehveranstalter,⁸⁶ Anbieter rundfunkähnlicher Telemedien⁸⁷ und sonstige „Inhalteanbieter“ (Content Provider).⁸⁸

33 Dass die hier als Anknüpfungspunkt gewählte Legaldefinition des (Online-)Inhaltendienstes in Art. 2 Nr. 5 Portabilitäts-VO sich auf derartige Inhaltendienste erstreckt, folgt aus ihrem Unterpunkt (i), der wiederum auf den Begriff des audiovisuellen Mediendienstes gem. Art. 1 Buchst. a AVMD-RL verweist. Demnach handelt es sich um einen Inhaltendienst bei einer Dienstleistung, deren hauptsächlichster Zweck oder trennbarer Teil darin besteht, dass ein Mediendiensteanbieter – definiert als die Person, die die redaktionelle Verantwortung für die Auswahl der audiovisuellen Inhalte trägt und bestimmt, wie diese gestaltet werden⁸⁹ – der Allgemeinheit unter seiner redaktionellen Verantwortung Sendungen zur Information, Unterhaltung oder Bildung über elektronische Kommunikationsnetze bereitstellt.

(3) Gesamtangebote auch von Drittinhalten (Inhalteplattformen)

34 Der Begriff des Inhaltendienstes ist nach Art. 2 Nr. 5 Portabilitäts-VO aber nicht auf Dienste beschränkt, deren Anbieter die betreffenden Inhalte selbst inhaltlich-

⁸⁵ Vgl. Art. 1 Abs. 1 Buchst. c AVMD-RL.

⁸⁶ Art. 1 Abs. 1 Buchst. f AVMD-RL, § 2 Nr. 17 MStV.

⁸⁷ Art. 1 Abs. 1 Buchst. d AVMD-RL, § 2 Nr. 18 MStV.

⁸⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019, 1 BvR 16/13 Rn. 117 ff. – Recht auf Vergessen I (Inhalteanbieter); Art. 2 Nr. 2 TOI-VO („Inhalteanbieter“ ein „Nutzer, der Informationen bereitgestellt hat, die in seinem Auftrag von einem Hostingdiensteanbieter gespeichert und der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wurden oder werden“).

⁸⁹ Art. 1 Abs. 1 Buchst. d AVMD-RL.

redaktionell verantwortet. Über die Grenzen der Mitgliedstaaten portabel sollen nämlich auch Audio- und Videoabrufdienste wie Spotify und Netflix sein, bei denen Inhalte zu einem geschlossenen Gesamtangebot zusammengefasst werden, ohne dass der betreffende Anbieter die redaktionelle Verantwortung für einzelne Sendungen oder Kanäle trägt.⁹⁰ Dies folgt aus Art. 2 Nr. 5 (ii), wonach die Portabilitäts-VO auch auf Dienste Anwendung findet, deren „Hauptmerkmal die Bereitstellung von, der Zugang zu und die Nutzung von Werken, sonstigen Schutzgegenständen oder Übertragungen von Rundfunkveranstaltern in linearer Form oder auf Abruf ist.“

35 Mit dem generischen Verweis auf alle Werkarten und sonstige urheberrechtliche Schutzgegenstände ist zum einen klargestellt, dass der Begriff des Inheldienstes nicht auf Bewegtbilder („audiovisuelle Medien“) beschränkt ist, sondern auch statische Bilder, Töne, Text und andere digitale Daten umfasst.⁹¹ Zum anderen fallen unter diese denkbar offene Beschreibung auch die im deutschen Medienrecht als „Medienplattform“ bezeichneten Dienste. Sie werden in § 2 Abs. 2 Nr. 14 S. 1 MStV definiert als „jedes Telemedium, soweit es Rundfunk, rundfunkähnliche Telemedien oder Telemedien ... zu einem vom Anbieter bestimmten Gesamtangebot zusammenfasst“.⁹² Beispiele für eine solche Medienplattform sind etwa Spotify, Netflix oder Sky Q.⁹³ Diese Dienste sind zugleich „Inheldienste“ gem. Art. 2 Nr. 5 (ii) Portabilitäts-VO, weil ihr Hauptmerkmal darin besteht, dass sie diverse Inhalte einschließlich linearer Sendungen bereitstellen und ihre Nutzung ermöglichen.

36 Derartige Medienplattformen sind zum einen von Diensten mit ausschließlich selbst verantworteten Inhalten (oben (2)) zu unterscheiden. Während Rundfunkveranstalter und andere Content Provider Inhalte erstellen bzw. zusammenstellen und daher für ihre Bereitstellung die unmittelbare inhaltlich-redaktionelle Verantwortung tragen, kontrolliert der Anbieter einer Medienplattform lediglich die „Auswahl der Angebote“,

⁹⁰ Vgl. EG 62 UAbs. 1 DSM-RL (Audio- und Video-Streamingdienste).

⁹¹ Vgl. zum Begriff der geschützten Datenbank § 87a Abs. 1 S. 1 UrhG (Sammlung von Werken, Daten oder anderen unabhängigen Elementen).

⁹² Begründung zum Staatsvertrag zur Modernisierung der Medienordnung in Deutschland, 2020, <https://www.rlp.de/de/regierung/staatskanzlei/medienpolitik/rundfunkkommission/medienstaatsvertrag/> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021), 10 f. (auch Plattformen für „Online-Presse“). Vgl. auch § 14a Abs. 1 S. 1 JuSchG („Film- und Spielplattformen sind Diensteanbieter, die Filme oder Spielprogramme in einem Gesamtangebot zusammenfassen und mit Gewinnerzielungsabsicht als eigene Inhalte zum individuellen Abruf zu einem von den Nutzerinnen und Nutzern gewählten Zeitpunkt bereithalten.“).

⁹³ *Siara*, MMR 2020, 523.

unter denen sich auch von Dritten erstellte Inhalte finden.⁹⁴ Nur wenn ein Dienst zumindest auch solche Drittinhalte umfasst, handelt es sich um eine Medienplattform. Denn nur unter dieser Bedingung stellen sich die in §§ 78 ff. MStV speziell adressierten Vielfalts-, Transparenz- und Zugangsprobleme.⁹⁵ Die Betreiber von Medienplattformen haben im Vergleich zu klassischen Content Providern also eine geringere Kontrolle über und damit auch Verantwortung für die bereitgestellten Inhalte.

- 37 Medienplattformen sind zum anderen aber auch von Medienintermediären und anderen Vermittlern/Plattformen zu unterscheiden. Bei einer Medienplattform bestimmt allein der Anbieter über die Auswahl von Inhalten und damit das verfügbare Gesamtangebot, welches daher als sein eigenes gelten kann. Medienplattformen enthalten zwar auch oder sogar ausschließlich Fremdproduktionen. Sie stehen aber nicht für prinzipiell jedermann zum Upload von Inhalten offen. Vielmehr müssen Content Provider mit dem Plattformanbieter zunächst einen Vertrag abschließen, bevor sie ihre Inhalte über die Plattform verbreiten können.⁹⁶ Aufgrund dieser Geschlossenheit sind Medienplattformen den Inheldiensten und nicht den offenen Vermittlungs-/Plattformdiensten zuzuordnen.⁹⁷
- 38 Diese funktionale Einordnung entspricht auch dem EU-Urheberrecht. Die Portabilitäts-VO behandelt klassische Inheldienste wie Pay-TV-Sender und Inhalteplattformen wie Netflix gleich, weil beide Dienstarten ihren Kunden grenzüberschreitend zur Verfügung stehen sollen. Demgegenüber unterscheidet die DSM-RL explizit zwischen durchlizensierten „Videoabrufdiensten“ wie Netflix oder SkyTicket und offenen

⁹⁴ § 2 Abs. 2 Nr. 14 S. 3 Buchst. b, Nr. 19 MStV. Siehe aber RegE eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes, BT-Drucks. 19/24909, 29 (Spieleplattformen gem. § 14a JuSchG seien Mediendienste i.S.d. AVMD-RL); a.A. Stellungnahme BRat, a.a.O., 84.

⁹⁵ Begründung MStV (Fn. 92), 10 f.; *Siarra*, MMR 2020, 523.; ebenso bereits § 2 Abs. 2 Nr. 13 RStV („Anbieter einer Plattform, wer ... Rundfunk und vergleichbare Telemedien ... auch von Dritten mit dem Ziel zusammenfasst, diese Angebote als Gesamtangebot zugänglich zu machen oder wer über die Auswahl für die Zusammenfassung entscheidet“); ferner RegE eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Jugendschutzgesetzes, BT-Drucks. 19/24909, 47 f. (Rundfunkinhalte und Mediatheken von § 14a JuSchG nicht erfasst).

⁹⁶ Vgl. GA Saugmandsgaard Øe, Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union (Fn. 6), Rn. 14; § 2 Abs. 2 Nr. 14 und 16 MStV; Begründung MStV (Fn. 92), 10 f.; *Siarra*, MMR 2020, 523, 523 f. (Ausschlussverhältnis). Auch Transaktionsplattformen sind teilweise so gestaltet, ohne dass sich hierfür bisher ein eigenständiger Begriff und eine entsprechende Regulierung herausgebildet hätte; vgl. *Naumann/Rodenhausen*, ZEuP 2020, 768, 771, 782 (Zalando).

⁹⁷ *Strowel/Vergote* (Fn. 10), 10 (Dienste wie „Deezer, Spotify, Netflix, Apple TV ... should be treated differently than the digital platforms mobilizing the resources of the crowd“).

„Diensten für das Teilen von Online-Inhalten“ wie z.B. YouTube.⁹⁸ Die Haftung der letztgenannten Anbieter wird durch Art. 17 DSM-RL und das UrhDaG zwar verschärft, weil und soweit sie mit geschlossenen Medienplattformen um dieselben Zielgruppen konkurrieren.⁹⁹ Ein vollständiger Haftungsgleichklang beider Dienstekategorien wird aber auch hiermit nicht herbeigeführt.¹⁰⁰ Die Haftung von Sharing-Diensten für urheberrechtswidrige Inhalte bleibt vielmehr hinter der täterschaftlichen Haftung von Inhaltenanbietern zurück, weil YouTube & Co. sonst gezwungen worden wären, „das Modell des interaktiven ‚Web 2.0‘ aufzugeben“.¹⁰¹

- 39 Das Urheberrecht bestätigt damit, dass es ungeachtet der Konvergenz der digitalen Märkte und Medien, die allesamt um die begrenzte Aufmerksamkeit der Internetnutzer konkurrieren,¹⁰² aus juristischer Sicht bei der Unterscheidung zwischen Inheldiensten und Diensten bleibt, die fremde Inhalte vermitteln bzw. hierfür eine offene Plattform bieten.¹⁰³ Erstere haften für ihre eigenen Inhalte umfassend als Täter, Letztere lediglich als Störer bzw. mit reduziertem Pflichtenkanon für fremde, nutzergenerierte Inhalte.¹⁰⁴

cc) Vermittler/Intermediäre bzw. Plattformen für fremde Informationen

- 40 Demgemäß bilden Dienste, die fremde Inhalte vermitteln bzw. hierfür eine Plattform bieten, eine eigenständige juristische Kategorie. Sie ist die umfangreichste und unübersichtlichste im gegenwärtigen Digitalrecht.

⁹⁸ Vgl. Art. 13 DSM-RL, § 35a UrhG und RegE UrhDaG, BT-Drucks. 19/27426, 85 einerseits und Art. 17 DSM-RL und das UrhDaG andererseits.

⁹⁹ EG 62 UAbs. 1 S. 2 DSM-RL, § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhDaG und RegE UrhDaG, BT-Drucks. 19/27426, 132.

¹⁰⁰ Sharing-Dienste greifen grundsätzlich auch nicht täterschaftlich in das Recht der öffentlichen Wiedergabe gem. Art. 3 InfoSoc-RL ein; vgl. EuGH, Peterson und Elsevier (Fn. 8), Rn. 71-102.

¹⁰¹ GA Saugmandsgaard Øe, Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union (Fn. 6), Rn. 32.

¹⁰² Vgl. Becker, ZUM 2013, 829.

¹⁰³ Dinwoodie, Intermediaries (Fn. 13), 39.

¹⁰⁴ Vgl. Art. 28b Abs. 1 UAbs. 1 AVMD-RL a.E. (der Tatsache, dass VSPD nur eine begrenzte Kontrolle über die audiovisuelle kommerzielle Kommunikation auf ihrem Dienst ausüben, sei Rechnung zu tragen); EG 18 DSA-V; allgemein Hofmann/Specht-Riemenschneider, ZGE/IPJ 13 (2021), 48, 54 f.; Wagner, GRUR 2020, 447 f., 451; ferner EuGH, Peterson und Elsevier (Fn. 8), Art. 17 Abs. 1-6 DSM-RL sowie §§ 1-12 UrhDaG.

(1) Zu den Begriffen Vermittler und Plattform

- 41 Dies beginnt bereits mit dem Problem, dass zwei Oberbegriffe in Gebrauch sind. Zunächst dominierte die Rede vom „Vermittler“ bzw. synonym dem Intermediär; seit Mitte der 2010er Jahre spricht man zunehmend von „Plattformen“.¹⁰⁵
- 42 Die Bedeutung dieser beiden Begriffe und ihr Verhältnis zueinander sind ungeklärt.¹⁰⁶ Nicht selten beschränken sich einschlägige Erläuterungen auf die Aufzählung von Beispielen, zu denen insbesondere Dienste der sog. GAFAM-Unternehmen (Google/Alphabet, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) zählen.¹⁰⁷ Im Übrigen werden die Begriffe Vermittler und Plattform in der Regel nicht näher unterschieden und letztlich synonym verwendet. So heißt es, Plattformdienste vermitteln Transaktionen und Informationen,¹⁰⁸ oder manche Plattformen verfügten über „Intermediationsmacht“;¹⁰⁹ in einem akademischen Regulierungsvorschlag werden die Begriffe sogar zur „Vermittlungsplattform“ verschmolzen.¹¹⁰ Auch im geltenden

¹⁰⁵ Oben I. Von „Vermittlungsdiensten“ zwischen Dateneinhabern und Datennutzern, die von „Datenmittlern“ angeboten werden, ist jüngst aber wieder die Rede in EG 22 und Art. 9 Abs. 1 Buchst. a und b DGG-E; dazu *Spindler*, CR 2021, 98, 102. Da der Begriff auch nicht-digitale sowie infrastrukturbezogene Dienstleistungen umfasst und spezifisch auf die Belange des Datenmarktes zugeschnitten ist, wird er hier nicht näher betrachtet.

¹⁰⁶ *Alexander*, WRP 2020, 945; *Busch*, *Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2020, 667, 669 (der Begriff der Plattform werde inflationär verwendet).

¹⁰⁷ *Strowel/Vergote* (Fn. 10), 3 („Digital platforms, such as Facebook, Google, Amazon, Alibaba, Uber, TaskRabbit, Airbnb or Kickstarter“); *Wagner*, GRUR 2020, 329, 331 ff. (Suchmaschinen, Facebook, YouTube).

¹⁰⁸ Art. 49 LOI n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique (Art. L. 111-7. – I: „un service de communication au public en ligne reposant sur: 1° Le classement ou le référencement, au moyen d'algorithmes informatiques, de contenus, de biens ou de services proposés ou mis en ligne par des tiers; 2° Ou la mise en relation de plusieurs parties en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un contenu, d'un bien ou d'un service.“); RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, 56 („Vermittler- und Steuerungsfunktion von Plattformen“); *Podszun* (Fn. 12), 10 („Digitale Plattformen sind Marktplätze, auf denen der Betreiber Vermittlungsdienstleistungen auf Basis einer Datenverarbeitung erbringt.“); *Wagner*, GRUR 2020, 329, 329 („Das zentrale Problem der Haftungsverfassung von Plattformen besteht darin, dass sie Verletzungen der Rechte Dritter lediglich als Intermediär die Bühne bereitet und insoweit Mittler zwischen den Fronten ist.“); *Hofmann/Specht-Riemenschneider*, ZGE/IPJ 13 (2021), 48, 50 („Als Intermediäre vermitteln Plattformen wie Amazon, YouTube oder auch Jameda Zugang zu Informationen, erlauben Transaktionen und ermöglichen weitreichende Interaktionen.“); *Marx*, *jurisPK-Internetrecht*, 7. Aufl. 2021, Kap. 1.3, Rn. 1 („Plattformen sind zwei- oder mehrseitige Marktplätze, deren Betreiber als Intermediär zwischen zwei oder mehr Marktseiten vermitteln.“); *Kretschmer/Schlesinger*, *Regulating a platform economy*, 29.3.2019, <https://pec.ac.uk/blog/regulating-a-platform-economy> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021) („Platforms are key intermediaries“); *Twigg-Flesner*, *EuCML* 2018, 222 („Online platforms often perform a practical intermediary role“).

¹⁰⁹ RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, 69 m.w.N.

¹¹⁰ Vgl. *Busch*, *Dannemann*, *Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787, 790 („‘Online-Vermittlungsplattform‘ ein über das Internet oder ähnliche digitale Medien zugänglicher Dienst der Informationsgesellschaft, der es Kunden ermöglicht, Verträge mit den Anbietern von Waren, Dienstleistungen oder digitalen Inhalten zu schließen“).

Unionsrecht, insbesondere in der P2B-VO sowie in den Vorschlägen der Kommission für den DMA und DSA, werden Vermittlungsdienste als Plattformen bezeichnet und Online-Plattformen umgekehrt unter den Begriff des Vermittlers gefasst.¹¹¹ Nur vereinzelt wird betont, dass Plattformdienste Merkmale aufweisen, die über das Vermitteln von Informationen und das Matching verschiedener Nutzerinteressen hinausgehen. Hierzu zählen vor allem die Auswertung großer Bestände ursprünglich fremder Daten zur Optimierung eigener Dienste¹¹² und die regelsetzende Funktion der Betreiber als „privater Gesetzgeber“.¹¹³

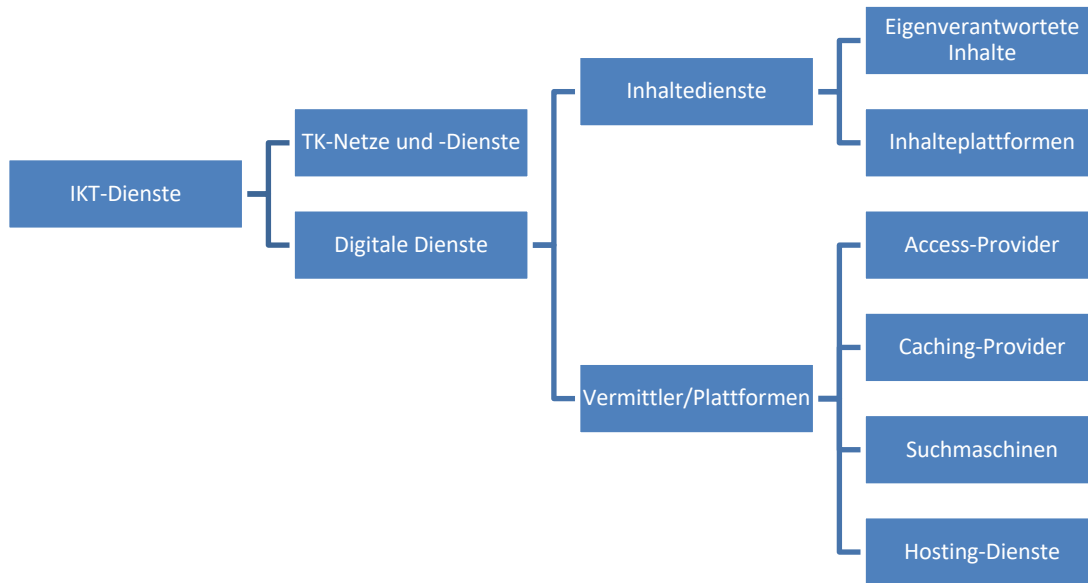
- 43 Generell steht das Vordringen des Plattformbegriffs¹¹⁴ zeitlich und auch der Sache nach im Zusammenhang mit der im Laufe der Jahre gewachsenen Erkenntnis, dass Zugangs-, Such- und Speicherdienste keine neutrale Vermittlerrolle in einem heterarchischen Netzwerk einnehmen, sondern dass sie aufgrund ihrer Ausgestaltung zwangsläufig maßgeblichen Einfluss darauf nehmen, welche Information wann, wo und von wem zugänglich gemacht und rezipiert werden kann. Diese Erkenntnis hat zu einer verschärften Haftung von „Vermittlern“ für Rechts- und Gesetzesverstöße ihrer Nutzer geführt. Für diesen Wandel vom neutralen Vermittler fremder Inhalte zum Akteur, der hierfür in gewissem Maße verantwortlich ist, steht der Begriff der Plattform. Eine Plattform ist zwar – im Gegensatz zu geschlossenen Inhalte-„Plattformen“ (s.o.) – grundsätzlich jedermann zugänglich, ihre Funktionalitäten werden aber doch zentral-hierarchisch vom Betreiber gestaltet und kontrolliert.
- 44 Welche Betrachtungs- und Redeweise sich durchsetzen wird, ist offen. Eine künftige europäische Digitalrechtsdogmatik sollte die gegenwärtigen Begriffsdopplungen und -überlappungen aber jedenfalls vermeiden. Orientieren sollte man sich hierfür am Zweck der jeweiligen Regelung (Haftungsprivilegierung oder Haftungsbegründung). Darauf wird abschließend zurückzukommen sein. Zunächst aber ist aufzuzeigen, welche begriffliche Vielfalt und Inkohärenz im gegenwärtigen unionalen und deutschen Vermittler-/Plattformrecht herrscht.

¹¹¹ Unten II 3 b cc (5)(c), 6(a) und (c).

¹¹² COM(2016) 288 final (Fn. 10); *Mansell/Steinmueller*, *Advanced Introduction to Platform Economics*, 2020, 6, 21 f.; *van Dijck, Poell/de Waal*, *The Platform Society*, 2018, 4.

¹¹³ *Gillespie*, 2 *Geo. L. Tech. Rev.* 198, 199 (2018); *Schweitzer*, *ZEUP* 2019, 1, 2 f., 10.

¹¹⁴ Oben I.



(2) Reine Durchleitung (Access-Provider)

- 45 Geht man bei der Bestandsaufnahme der Vermittlungs- bzw. Plattfordmdienste vom Speziellen zum Allgemeinen vor, so sind als Erstes „reine Durchleitungsdienste“ gem. Art. 12 ECRL, § 8 TMG zu nennen, also solche, die von einem Nutzer eingegebene Informationen in einem Kommunikationsnetz übermitteln oder den Zugang zu einem Kommunikationsnetz vermitteln, ohne die Übermittlung zu veranlassen und den Adressaten sowie die übermittelten Informationen auszuwählen oder zu verändern. Obwohl es sich also um einen rein technischen Vorgang handelt, und Access-Provider weder Kenntnis von noch Kontrolle über Informationen haben, die übermittelt werden, bezeichnet und reguliert die ECRL „reine Durchleitungsdienste“ doch als Dienste der Informationsgesellschaft und damit als Dienste auf der Inhalteebene des Netzes.¹¹⁵ Dass solche „Internetzugangsdienste“ zugleich ausdrücklich vom TK-Recht erfasst sind,¹¹⁶ belegt ihre Schnittstellenfunktion zwischen der Infrastruktur- und der Inhalteebene des Internets. Entsprechend ambivalent gestaltet sich ihre Haftung. Einerseits genießen sie die Privilegierungen der ECRL, andererseits sind sie in gewissem Umfang für die Übermittlung urheberrechtswidriger Inhalte verantwortlich und unterliegen nach dem DSA-Vorschlag einigen grundlegenden Compliance-Pflichten.¹¹⁷

¹¹⁵ Vgl. EG 18 S. 3, 42 und Art. 12 ECRL.

¹¹⁶ Oben II 3 a.

¹¹⁷ Vgl. Art. 12 ECRL, 8 Abs. 3 InfoSoc-RL, 8-13 DSA-V sowie unten II 3 b cc (6)(a).

(3) Caching

- 46 Die in Art. 13 ECRL, § 9 TMG geregelten Caching-Dienste nehmen automatische, zeitlich begrenzte Zwischenspeicherungen fremder Informationen zu dem Zweck vor, die Datenübermittlung in Computernetzwerken effizienter zu gestalten.¹¹⁸ Funktional und im Vergleich zu reinen Durchleitungsdiensten sind sie also eher der Inhalte- als der Infrastrukturebene zuzuordnen. Dementsprechend werden sie jedenfalls nicht ausdrücklich vom TK-Recht erfasst, unterfallen aber den haftungsrechtlichen Normen der ECRL, des IP-Rechts und des DSA-Vorschlags für „Vermittler“.¹¹⁹

(4) Online-Suchmaschinen

- 47 Deutlich später als Access- und Caching-Dienste haben (Online-)Suchmaschinen Eingang in das kodifizierte Digitalrecht gefunden. Bei ihnen handelt es sich zwar anerkanntermaßen um Dienste der Informationsgesellschaft¹²⁰ bzw. nach hiesiger Diktion um „digitale Dienste“, die ECRL fasst sie aber im Gegensatz zu Access- und Cache-Providern nicht ausdrücklich unter den Oberbegriff der „Vermittler“, denen gem. Art. 12-15 Haftungsprivilegierungen zuteil werden. Die avisierte Anpassung der ECRL in Bezug auf die Haftung der Anbieter von Hyperlinks und von „Instrumenten zur Lokalisierung von Informationen“ ist bis heute nicht erfolgt.¹²¹
- 48 Zugleich ist die überragende Bedeutung von Suchmaschinen im Allgemeinen und des in der EU unangefochten marktbeherrschenden Dienstes „Google“ im Besonderen für alle Aspekte der Online-Kommunikation seit langem anerkannt.¹²² Legaldefiniert wurde die Online-Suchmaschine erst in den letzten Jahren im EU-Cybersicherheitsrecht und in der P2B-VO.¹²³ Die Relevanz von Suchmaschinen für den wirtschaftlichen

¹¹⁸ Zur technischen Funktionsweise vgl. OLG Köln, HERZ KRAFT WERKE (Fn. 51), Rn. 76 f.

¹¹⁹ Zu diesen Begriffen unten II 3 b cc (6).

¹²⁰ EG 18 S. 2 ECRL; EuGH, VG Media (Fn. 20), Rn. 30; §§ 87f Abs. 3, 87g Abs. 1 UrhG.

¹²¹ Vgl. Art. 21 Abs. 2 ECRL; OLG Köln Ur. v. 13.10.2016, 15 U 189/15 Rn. 93.

¹²² Vgl. Gray, Google Rules, 2020.

¹²³ Art. 2 Nr. 5 P2B-VO und Art. 2 Nr. 5 Cybersicherheits-VO (digitaler Dienst, „der es Nutzern ermöglicht, in Form eines Stichworts, einer Spracheingabe, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe Anfragen einzugeben, um prinzipiell auf allen Websites oder auf allen Websites in einer bestimmten Sprache eine Suche zu einem beliebigen Thema vorzunehmen und Ergebnisse in einem beliebigen Format angezeigt zu bekommen, über die sie Informationen im Zusammenhang mit dem angeforderten Inhalt finden können“); etwas anders zuvor Art. 4 Nr. 18 NIS-RL („Dienst, der es Nutzern ermöglicht, Suchen grundsätzlich auf allen Websites oder auf Websites in einer bestimmten Sprache anhand einer Abfrage zu einem beliebigen Thema in Form eines Stichworts, einer Wortgruppe oder einer anderen Eingabe vorzunehmen, und der daraufhin Links anzeigt, über die Informationen im

Wettbewerb schlägt sich ferner darin nieder, dass sie zu den „zentralen Plattformdiensten“ gem. DMA-V zählen,¹²⁴ und ihre Anbieter nach dem GWB als „Vermittler auf mehrseitigen Märkten“ einer ggf. dichten Kontrolle unterliegen.¹²⁵ Die kommunikativ-mediale Macht von Suchmaschinenbetreibern ist Anlass für ihre Subsumtion unter den Begriff der „Medienintermediäre“.¹²⁶ Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, dass der DSA-Vorschlag Suchmaschinen ausspart – möglicherweise aufgrund der insoweit unreflektierten Anknüpfung an die Dienstekategorien der ECRL.¹²⁷

(5) Hosting-Dienste

- 49 In der ECRL findet sich neben dem reinen Durchleitungs- und Caching-Dienst bekanntlich vor allen Dingen der Hosting-Dienst, der „in der Speicherung von durch einen Nutzer eingegebenen Informationen besteht“.¹²⁸ Zwar fallen auch Host-Provider in die Vermittler/Plattform-Kategorie, da und soweit sie fremde Inhalte speichern und keine eigenen bereitstellen. Zugleich sind sie wie Inhaltenanbieter faktisch in der Lage, unmittelbar auf gespeicherte Daten zuzugreifen und diese zu löschen bzw. den Zugang zu ihnen zu sperren. Es ist daher nicht verwunderlich, dass Host-Provider die am intensivsten regulierte Kategorie der Vermittler/Plattformen sind. Mit nicht weniger als acht verschiedenen Host-Provider-Begrifflichkeiten haben das EU- und das deutsche Recht inzwischen allerdings ein Übermaß an Ausdifferenzierung erreicht.

Zusammenhang mit dem angeforderten Inhalt gefunden werden können“). Zur Erfassung von Sprachassistenzsystemen *Alexander*, WRP 2020, 945, 948; *Pohle*, K&R 2021, 86, 88.

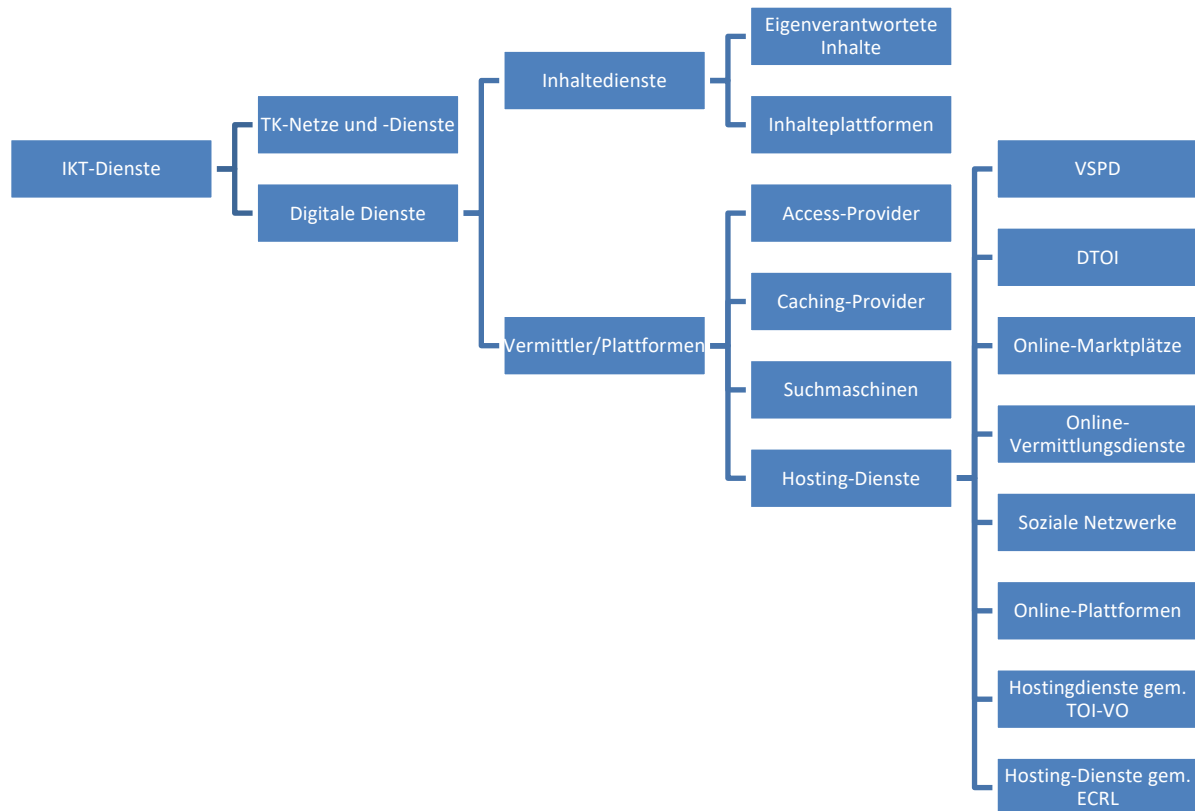
¹²⁴ Art. 2 Nr. 6 DMA-V unter Verweis auf Art. 2 Nr. 5 Cybersicherheits-VO.

¹²⁵ Unten II 3 b cc (6)(c).

¹²⁶ Unten II 3 b cc (6)(d).

¹²⁷ Zu Recht kritisch *Spindler*, GRUR 2021, 545, 548; *Janal*, ZEuP 2021, 227, 254 f.

¹²⁸ Art. 14 Abs. 1 ECRL, Art. 2 Buchst. f 3. Spiegelstrich DSA-V („von einem Nutzer bereitgestellte Informationen in dessen Auftrag zu speichern“); ferner Art. 2 Nr. 1 und EG 13 f. TOI-VO.



(a) Video-Sharing-Plattform Dienste (VSPD)

50 Erneut vom Besonderen zum Allgemeinen fortschreitend zählen zu den Hosting-Diensten erstens die Video-Sharing-Plattform-Dienste (VSPD), definiert in Art. 1 Abs. 1 Buchst. aa AVMD-RL¹²⁹ als Dienstleistung i.S.v. Art. 56 f. AEUV, deren Hauptzweck, trennbarer Teil oder wesentliche Funktion darin besteht, „Sendungen oder nutzergenerierte Videos, für die der Video-Sharing-Plattform-Anbieter keine redaktionelle Verantwortung trägt, der Allgemeinheit über elektronische Kommunikationsnetze ... zur Information, Unterhaltung oder Bildung bereitzustellen,

¹²⁹ Verweis hierauf in Art. 2 Nr. 8 DMA-V.

und deren Organisation vom Video-Sharing-Plattform-Anbieter bestimmt wird, auch mit automatischen Mitteln oder Algorithmen, insbesondere durch Anzeigen, Tagging und Festlegung der Abfolge.“

- 51 Die VSPD-Kategorie wurde durch die AVMD-ÄRL 2018 in das unionale Medienrecht aufgenommen, weil sich die entsprechenden Dienste – allen voran YouTube – zu einem wichtigen Informationsmedium mit erheblichem Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung entwickelt hatten und sie mit audiovisuellen Mediendiensten, also Fernseh- und Abrufdiensten, deren Inhalte vom Anbieter selbst verantwortet werden, um das gleiche Publikum und die gleichen Einnahmen konkurrierten.¹³⁰ Sie müssen gem. Art. 28b AVMD-RL angemessene Maßnahmen zum Schutz von Minderjährigen und vor bestimmten strafbaren Inhalten treffen sowie sicherstellen, dass kommerzielle Kommunikation grundlegenden inhaltlichen und transparenzbezogenen Anforderungen entspricht.
- 52 Die Umsetzung in das deutsche Recht erfolgte in nicht weniger als zwei Bundesgesetzen und zwei Länderstaatsverträgen, nämlich im TMG, im NetzDG, im MStV und im JuMStV.¹³¹ Dabei setzt sich die Zersplitterung bis zur Schreibweise fort. Im Unionsrecht sind es die Video-Sharing-Plattform-Dienste, im Bundesrecht die Videosharingplattform-Dienste und im Landesrecht die Video-Sharing-Dienste, selbstverständlich ohne jeden inhaltlichen Unterschied. Dieser ans Groteske grenzende Zustand beruht keineswegs auf Zufall oder Nachlässigkeit, sondern auf der hier erörterten Problematik der fehlenden begrifflichen Kohärenz des Digitalrechts. Im MStV (und daran anknüpfend auch im JuMStV) wurde auf den Wortbestandteil „Plattform“ nämlich ganz bewusst verzichtet, um „nicht notwendige[n] Überschneidungen mit den Regelungen zu Medienplattformen“ zu vermeiden, die andere Zwecke als die AVMD-ÄRL verfolgten.¹³² Diese Besorgnis ist freilich unbegründet, weil sich die Begriffe „Medienplattform“ und VSPD gegenseitig ausschließen. Medienplattformen stellen ein geschlossenes Gesamtangebot von

¹³⁰ EG 4 AVMD-ÄRL.

¹³¹ §§ 2 Nr. 10 TMG i.d.F. des TMGÄG, 3d Abs. 1 Nr. 1 NetzDG i.d.F. des NetzDGÄG, 2 Abs. 2 Nr. 22 MStV, 5a f. JuMStV

¹³² Begründung MStV (Fn. 92), 14, 53 f. (vielfaltsorientierte Bestimmungen für Medienplattformen einerseits, Mitwirkungspflichten beim Umgang mit schädlichen Inhalten für VS(P)D andererseits).

Inhalten bereit, während VSPD ebenso wie „Medienintermediäre“ einen offenen Dienst zum Teilen audiovisueller Inhalte betreiben.¹³³

(b) Dienste für das Teilen von Online-Inhalten (DTOI)

- 53 Die zweite Kategorie der Hosting-Dienste findet sich im Urheberrecht und betrifft „Dienste für das Teilen von Online-Inhalten“ (DTOI). Ihr „Hauptzweck bzw. einer ihrer Hauptzwecke“ besteht darin, „eine große Menge an von den Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen“, wobei der Anbieter die Inhalte „organisiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt“.¹³⁴
- 54 Dienste mit diesen Kennzeichen (wiederum insbesondere YouTube) treten nach Auffassung des Unionsgesetzgebers mit Online-Inhaltendiensten wie Audio- und Video-Streamingdiensten (etwa Netflix) in Konkurrenz um dieselben Zielgruppen.¹³⁵ Um Wettbewerbsverzerrungen bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte im digitalen Binnenmarkt zu vermeiden und die Lizenzierungs- und Vergütungschancen von Rechtsinhabern zu verbessern, wird die Haftung von DTOI derjenigen von Inhaltendiensten angenähert.¹³⁶ Unter Ausnahme von den Haftungsprivilegien des Art. 14 ECRL haften DTOI nunmehr täterschaftlich für Nutzerinhalte aller Art, es sei denn, sie erfüllen bestimmte Enthaltungsvoraussetzungen wie den Betrieb von Uploadfiltern.¹³⁷ In Anbetracht des speziellen Zwecks der Regelungen ist zweifelhaft, ob Dienste wie Facebook und Instagram, die stärker als etwa YouTube, SoundCloud und Pinterest¹³⁸ auf die Ermöglichung von Kommunikation zwischen Nutzern ausgerichtet sind, von der Vorschrift erfasst sind.¹³⁹ Ausdrücklich klargestellt ist, dass nicht gewinnorientierte Online-Enzyklopädien, -Repositorien und Open-Source-Plattformen, TK-Dienste einschließlich von Messengern, Online-Marktplätze und

¹³³ Vgl. Begründung MStV (Fn. 92), 53 f.

¹³⁴ Art. 2 Nr. 6 UAbs. 1 DSM-RL, § 2 Abs. 1 UrhDaG.

¹³⁵ EG 3 S. 6 („vor allem ... Plattformen für den Videoabruf“) und 62 S. 2 DSM-RL, § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhDaG.

¹³⁶ EG 61 DSM-RL (Markt für Online-Inhalte); RegE UrhDaG, BT-Drucks. 19/27426, 132. Zum sog. „value gap“ GA Saugmandsgaard Øe, Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union (Fn. 6), Rn. 13 ff. m.w.N.

¹³⁷ Art. 17 Abs. 1 und 4 DSM-RL, § 1 UrhDaG; zur Inhaltsneutralität der Norm *Leistner*, ZUM 2020, 505, 507 f.

¹³⁸ Vgl. GA Saugmandsgaard Øe, Republik Polen gegen Europäisches Parlament, Rat der Europäischen Union (Fn. 6), Rn. 14.

¹³⁹ Bejahend *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627, 629; *Becker*, ZUM 2020, 681, 683 f.

Cloud-Dienste, die speichern, aber keine Inhalte zugänglich machen, nicht zu den DTOI zählen.¹⁴⁰

- 55 Ein Vergleich zwischen VSPD und DTOI ergibt ein Bild überlappender Kreise. Gemeinsam ist beiden Dienstekategorien die grundlegende Web 2.0-Funktionalität, dass es Nutzern gegen Entgelt (auch Daten) ermöglicht wird, digitale Inhalte auf die Server des Anbieters hochzuladen und in organisierter Weise über den Dienst der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Dieses Angebot war insbesondere im Fall von YouTube so erfolgreich, dass es zur ernsthaften Konkurrenz von (audiovisuellen) Inheldiensten heranwuchs. Im Zuge der Anpassung der medien- und urheberrechtlichen Rechtslage an diese veränderten Umstände wurden die VSPD- und DTOI-Kategorien geschaffen. Die Konvergenz der Medien in der einen Internetaufmerksamkeitsökonomie hat also paradoxerweise zu einer Ausdifferenzierung der juristischen Dienstebegriffe geführt.
- 56 Die Unterschiede zwischen VSPD und DTOI betreffen sodann eher Feinheiten und wurzeln in den divergenten Regelungszwecken der Vorschriften. Bei einem DTOI muss der Hauptzweck darin bestehen, eine „große Menge“ urheberrechtlich geschützter Inhalte aller Art, also z.B. auch nur Audiofiles (SoundCloud) oder Bilder (Pinterest), zu hosten; bei einem VSPD hingegen müssen Bewegtbilder mindestens eine wesentliche Funktion oder einen sonst trennbaren Teil bilden, unabhängig von der Menge des Materials.¹⁴¹ Für beide Dienstekategorien ist zweifelhaft, wie sie sich zum allgemeineren Begriff des „sozialen Netzwerks“ verhalten.¹⁴²

(c) Online-Marktplätze

- 57 Die dritte Hosting-Dienst-Kategorie stammt aus dem EU-Verbraucherschutzrecht und betrifft den „Online-Marktplatz“. Erstmals definiert wurde dieser Dienst in der Verordnung 2013/524 über die Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten als Dienst der Informationsgesellschaft, „der es Verbrauchern und Unternehmern ermöglicht, auf der Website des Online-Marktplatzes Online-Kaufverträge und Online-

¹⁴⁰ Art. 2 Nr. 6 UAbs. 2 DSM-RL, § 3 UrhDaG.

¹⁴¹ *Kommission*, Leitlinien für die praktische Anwendung des Kriteriums der wesentlichen Funktion aus der Begriffsbestimmung für „Video-Sharing-Plattform-Dienst“ der Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste, 2020/C 223/02, 4 (es komme auch auf die Perspektive der Nutzer an); *Gundel*, ZUM 2019, 131, 132; *Jäger*, ZUM 2019, 477, 483 (YouTube, wohl auch Instagram).

¹⁴² Dazu unten II 3 b cc (5)(e).

Dienstleistungsverträge abzuschließen“¹⁴³ Die Definition der Modernisierungs-RL 2019/2161 („New Deal for Consumers“) weicht hiervon insoweit ab, als es nicht mehr erforderlich ist, dass der Fernabsatzvertrag auf der Website des Marktplatzbetreibers geschlossen wird; maßgeblich ist vielmehr die Funktion des Dienstes, Transaktionen zu ermöglichen.¹⁴⁴ Eine hiervon wiederum abweichende Definition findet sich in Art. 3 Nr. 11 Explosivstoff-VO. Sie unterscheidet sich von den vorgenannten Begriffsbestimmungen insbesondere dadurch, dass im Interesse einer vollständigen Kontrolle des Verkaufs von Explosivstoffen auch B2B-Transaktionen und -plattformen erfasst sind.¹⁴⁵

58 In der Sache belegen die einschlägigen Vorschriften den allgemeinen Trend, Hosting-Dienste stärker in die Verantwortung zu nehmen. 2013 wurde Betreibern von Online-Marktplätzen lediglich aufgegeben, einen Link auf die EU-Streitbeilegungsplattform zu setzen; sechs Jahre später müssen sie bereits Nutzer über deren Pflichten in Bezug auf Explosivstoffe informieren und „verdächtige Transaktionen“ melden.¹⁴⁶ Während der Unionsgesetzgeber bisher an der einheitlichen Diktion vom Online-Marktplatz in unterschiedlichen Rechtsgebieten (Verbraucherschutz-, Cybersicherheits- und allgemeines Sicherheitsrecht) festgehalten hat, möchte die Kommission für den Markt für Kryptowerte nunmehr einen weiteren Begriff einführen, nämlich die „Handelsplattform für Kryptowerte“.¹⁴⁷

¹⁴³ Art. 4 Abs. 1 Buchst. f Verordnung (EU) Nr. 524/2013 v. 21.5.2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 165/1 (**VO 524/2013**) mit Verweis auf Art. 2 Buchst. b ECRL.

¹⁴⁴ EG 25 Modernisierungs-RL sowie Art. 2 Abs. 1 Buchst. n UGPRL; Art. 2 Abs. 1 Nr. 17 VerbraucherR-RL 2011/83 („Online-Marktplatz‘ einen Dienst, der es Verbrauchern durch die Verwendung von Software, einschließlich einer Website, eines Teils einer Website oder einer Anwendung, die vom Unternehmer oder im Namen des Unternehmers betrieben wird, ermöglicht, Fernabsatzverträge mit anderen Unternehmern oder Verbrauchern abzuschließen;“); § 312l Abs. 3 BGB i.d.F. v. 1.7.2022. In diesem Sinne auch Art. 4 Nr. 17 NIS-RL. Art. 4 Nr. 17 NIS2-V verweist auf Art. 2 Buchst. n UGPRL. Enger noch der Vorschlag der „Research Group on the Law of Digital Services“ bei *Busch, Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2016, 787, 790 (nicht erfasst sind Dienste, „die nur passende Vertragspartner ermitteln und die Kunden zu den Internetseiten oder Kontaktangaben von solchen Vertragspartnern weiterleiten“).

¹⁴⁵ Art. 3 Nr. 11 Explosivstoff-VO („‘Online-Marktplatz‘ den Erbringer einer Vermittlungsleistung, die es Wirtschaftsteilnehmern einerseits und Mitgliedern der Allgemeinheit, gewerblichen Verwendern oder anderen Wirtschaftsteilnehmern andererseits ermöglicht, Geschäfte mit regulierten Ausgangsstoffen für Explosivstoffe abzuschließen, und zwar im Wege von Online-Verkäufen oder Online-Dienstleistungsverträgen, die entweder auf der Internetseite des Online-Marktplatzes oder der Internetseite eines Wirtschaftsteilnehmers, für die vom Online-Marktplatz bereitgestellte Rechendienste verwendet werden, geschlossen werden;“).

¹⁴⁶ Vgl. Art. 14 Abs. 1 VO 524/2013; EG 15 f. und Art. 7 Abs. 3, 9 Abs. 1 Explosivstoff-VO.

¹⁴⁷ Art. 3 Nr. 11 Vorschlag für eine Verordnung über Märkte für Kryptowerte und zur Änderung der Richtlinie (EU) 2019/1937 COM/2020/593 final/2, 03/03/2021 (**Kryptowert-VO-E**) („Betrieb einer Handelsplattform für Kryptowerte‘ die Verwaltung einer oder mehrerer Handelsplattformen für

- 59 Online-Marktplätze zeichnen sich wie DTOI und VSPD dadurch aus, dass sie keine eigenen Inhalte bereitstellen, sondern Speicher- und Vermittlungsdienste für dritte Inhaltenanbieter erbringen. Demgemäß handelt es sich bei einem Online-Shop eines Unternehmens, in dem dieses lediglich eigene Produkte offeriert, nicht um einen Online-Marktplatz, sondern um einen vollständig selbst verantworteten Inheldienst.¹⁴⁸ Verknüpft ein Anbieter (wie insbes. Amazon) beide Dienstear ten miteinander, kann er besondere Vorteile aus seiner Doppelrolle ziehen, deren Missbrauch durch eine verstärkte wettbewerbsrechtliche Kontrolle verhindert werden soll.¹⁴⁹ Haftungsrechtlich ändert allerdings eine einheitliche Präsentation eigener und fremder Produkte auf einer Plattform nichts daran, dass der Anbieter für den eigenen Shop uneingeschränkt täterschaftlich haftet, für die Angebote Dritter im Rahmen eines offenen Online-Marktplatzes hingegen grundsätzlich nicht.¹⁵⁰
- 60 Der Unterschied zwischen Online-Marktplätzen und DTOI bzw. VSPD liegt in ihrer (primären) Funktion und dem hierauf bezogenen Regulierungsbedürfnis: Ermöglichung von Vertragsabschlüssen über Produkte aller Art zwischen Dritten unter Beachtung des Verbraucherschutzrechts einerseits, Verfügbarmachung urheberrechtlich geschützter bzw. audiovisueller Inhalte im Rahmen des Urheber- und Medienrechts andererseits. Indes kommt es auch für diese Unterscheidung auf die konkrete Ausgestaltung des Dienstes an. Ist etwa eine Videoplattform so konstruiert, dass Inhalte zwar hochgeladen werden können, diese aber nicht der Öffentlichkeit/Allgemeinheit zugänglich sind, sondern nur demjenigen Rezipienten, der mit dem Inheldanbieter einen Vertrag schließt, dann handelt es sich nicht um einen Sharing-Dienst (DTOI/VSPD), sondern um einen Online-Marktplatz für digitale Inhalte. Aus vertragsrechtlicher Sicht sind Sharing-Dienste also solche, bei denen Verträge nur zwischen der Plattform und den Nutzern (nicht aber zwischen den Nutzern) zustandekommen, während der Begriff des Online-Marktplatzes ein Verhältnis aus drei

Kryptowerte, die die Interessen einer Vielzahl Dritter am Kauf und Verkauf von Kryptowerten so zusammenführt bzw. zusammenführen, dass ein Vertrag über den Tausch eines Kryptowerts entweder gegen einen anderen Kryptowert oder gegen eine Nominalgeldwährung, die gesetzliches Zahlungsmittel ist, zustandekommt“).

¹⁴⁸ *Alexander*, WRP 2019, 1235 f. und oben II 3 b bb.

¹⁴⁹ Vgl. EG 43, 48 und Art. 5 Buchst. a DMA-V.

¹⁵⁰ Zum Markenrecht BGH, Urt. v. 15.2.2018 – I ZR 138/16, Rn. 29-33 – Ortlieb I m.w.N.

Akteuren und drei miteinander in Wechselbeziehung stehenden Vertragsbeziehungen zwischen Plattform, Anbieter und Kunde impliziert.¹⁵¹

- 61 Doch schwimmt auch diese scheinbar eindeutige Unterscheidung, je weiter sich die Definition des Online-Marktplatzes vom Vorbild der klassischen Transaktionswebsite, auf der Dritte unmittelbar Verträge abschließen, entfernt. Wenn es genügt, dass ein Anbieter eines Online-Marktplatzes nur noch Verträge „ermöglicht“, die auf anderen Websites ohne seine Beteiligung geschlossen werden, und es sich bei diesen Verträgen auch um den Austausch von digitalen Inhalten gegen personenbezogene Daten handeln kann,¹⁵² so fallen nicht nur Bewertungs- und Vergleichsportale unter den Begriff,¹⁵³ sondern es erscheint sogar vertretbar, den Newsfeed von Facebook als Online-Marktplatz für Presseerzeugnisse zu begreifen. Denn dieser Dienst ermöglicht einen Vertrag zwischen dem Nutzer des sozialen Netzwerks, der auf eine ihm präsentierte Neuigkeit klickt, und dem Inhaltenanbieter über den Zugang zu journalistischen Informationen im Austausch für Geld (Abonnement) oder personenbezogene Daten (werbefinanziertes Angebot).

(d) Online-Vermittlungsdienste

- 62 Der vierte Hosting-Dienste-Begriff ist der „Online-Vermittlungsdienst“, definiert in Art. 2 Nr. 2 P2B-VO als Dienst der Informationsgesellschaft, der es gewerblichen Nutzern auf vertraglicher Basis ermöglicht, Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anzubieten, indem „die Einleitung direkter Transaktionen zwischen diesen gewerblichen Nutzern und Verbrauchern“ vermittelt wird, „unabhängig davon, wo diese Transaktionen letztlich abgeschlossen werden“.¹⁵⁴
- 63 Fraglich ist, ob sich diese Begriffsbestimmung von den Legaldefinitionen des Online-Marktplatzes unterscheidet. Sämtliche Regelungen stellen die ermöglichende Funktion des Dienstes in den Mittelpunkt. Vermittlungsdienste ermöglichen Angebote, Marktplätze Fernabsatzverträge. Das scheint für einen größeren Begriffshof des Vermittlungsdienstes zu sprechen.¹⁵⁵ Indes konkretisiert Art. 2 Nr. 2 Buchst. b 2. Hs.

¹⁵¹ *Busch, Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2020, 667, 669.

¹⁵² Vgl. Art. 3 Abs. 1 Digitale Inhalte-RL.

¹⁵³ So *Alexander*, WRP 2019, 1235 f.

¹⁵⁴ Verweis hierauf in Art. 2 Nr. 5 DMA-V.

¹⁵⁵ Vgl. EG 21 S. 2 Modernisierungs-RL (die Transparenzanforderungen nach der P2B-VO „erfassen ein breites Spektrum von Online-Vermittlern, einschließlich Online-Marktplätzen“).

P2B-VO die Angebotsermöglichung dahingehend, dass („indem“) die Einleitung „direkter Transaktionen“ vermittelt wird, weshalb Werbe- oder Suchmaschinenoptimierungsdienste keine „Vermittlungsdienste“ darstellten.¹⁵⁶ Die „Vermittlung“ (zumal die vermittelte Einleitung) direkter Transaktionen lässt sich aber nicht von der „Ermöglichung“ von Verträgen unterscheiden. Zudem setzen beide Definitionen nicht (mehr) voraus, dass der Folgevertrag mit einem Verbraucher¹⁵⁷ auf der Website oder im Rahmen der digitalen Umgebung des Marktplatzes/Vermittlungsdienstes geschlossen wird. Konsequenterweise werden daher für Vermittlungsdienste dieselben Beispiele angeführt wie für Online-Marktplätze.¹⁵⁸ Lediglich Regulierungsperspektive und -zweck unterscheiden sich aus Gründen, die in der Kompetenz und internen Organisation der EU wurzeln: Die Unionsvorschriften zu Online-Marktplätzen dienen dem Verbraucherschutz, diejenigen zu Online-Vermittlungsdiensten sollen im Interesse gewerblicher Dienstenutzer für Transparenz und Fairness sorgen.¹⁵⁹

- 64 Besonders problematisch erscheint dabei erneut der Status von sozialen Netzwerken wie Facebook und Instagram. Sie werden teils vorbehaltlos den Vermittlungsdiensten i.S.d. P2B-VO zugeschlagen,¹⁶⁰ teils und wohl richtigerweise nur insoweit, als sie etwa durch eigene Shoppingkanäle direkte Transaktionen einleiten.¹⁶¹ Bei dieser Subsumtionsfrage fällt auf, dass die Marktplatz- und Vermittlungsdienstdefinitionen anders als die DTOI- und VSPD-Definitionen nicht auf einen Hauptzweck bzw. einen trennbaren Teil des betreffenden Dienstes abstellen. Daraus aber folgt nicht, dass jede auch noch so geringe Transaktionsermöglichungsfunktion genügt, um den Anwendungsbereich des Verbraucherschutzrechts und der P2B-VO zu eröffnen. Vielmehr erfüllt ein Dienst die Anforderung des Art. 2 Nr. 2 Buchst. b P2B-VO nur,

¹⁵⁶ EG 11 P2B-VO.

¹⁵⁷ Reine Business-to-Business-Online-Vermittlungsdienste, die Verbrauchern nicht angeboten werden (P2B2B-Dienste), fallen weder unter den Begriff des Online-Marktplatzes noch den des Online-Vermittlungsdienstes; vgl. EG 11 P2B-VO. Anders *European Law Institute*, Model Rules on Online Platforms: Report, 2019, 23.

¹⁵⁸ Vgl. EG 11 P2B-VO (Online-Marktplätze, Vertriebsplattformen für Softwareanwendungen (application stores, dazu auch Art. 2 Nr. 12 DMA-V, ggf. Sprachassistenzsysteme); *Voigt/Reuter*, MMR 2019, 783, 784; *Schneider/Kremer*, WRP 2020, 1128, 1130; *Pohle*, K&R 2021, 86, 88. Zwischen vier Arten von Transaktionsplattformen differenzierend *European Law Institute* (Fn. 157), 23; *Busch, Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2020, 667, 669.

¹⁵⁹ Vgl. EG 21 Modernisierungs-RL, Art. 1 P2B-VO.

¹⁶⁰ EG 11 P2B-VO; *Voigt/Reuter*, MMR 2019, 783, 784; *Schneider/Kremer*, WRP 2020, 1128, 1130.

¹⁶¹ *Pohle*, K&R 2021, 86, 87; siehe auch *European Law Institute* (Fn. 157); *Busch, Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2020, 667, 670 (Facebook Marketplace, Shoppable Posts auf Instagram).

wenn seine Funktion insgesamt oder im Hinblick auf einen abtrennbaren Teil (Shopping-Dienst, Newsfeed) primär darin besteht, Transaktionen zu vermitteln.

(e) Soziale Netzwerke

- 65 Das Abgrenzungsbedürfnis zwischen Online-Marktplätzen bzw. -Vermittlungsdiensten einerseits und sozialen Netzwerken andererseits folgt ferner aus dem Umstand, dass das „soziale Netzwerk“ eine eigenständige Dienstekategorie bildet – die fünfte in der Gruppe der Hosting-Dienste. Die bisher einzige Legaldefinition dieses Begriffs findet sich in § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG. Soziale Netzwerke sind demnach „Telemediendiensteanbieter, die mit Gewinnerzielungsabsicht Plattformen im Internet betreiben, die dazu bestimmt sind, dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen“. Keine sozialen Netzwerke i.S.d. NetzDG sind hingegen „Plattformen mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, die vom Diensteanbieter selbst verantwortet werden“, sowie „Plattformen, die zur Individualkommunikation oder zur Verbreitung spezifischer Inhalte bestimmt sind“ (§ 1 Abs. 1 S. 2 und 3 NetzDG). Die Europäische Kommission schlägt für das unionale Cybersicherheits- und Wirtschaftsrecht vor, die „Plattform für Dienste sozialer Netzwerke“ dahingehend zu definieren, dass „Endnutzer mit unterschiedlichen Geräten insbesondere durch Chats, Posts, Videos und Empfehlungen miteinander in Kontakt treten und kommunizieren sowie Inhalte teilen und entdecken können“.¹⁶²
- 66 Nach der hier entfalteten Systematik und Begrifflichkeit fallen soziale Netzwerke damit zweifellos in die Kategorie der Hosting-Dienste.¹⁶³ Dass sie in § 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG als „Plattform“ bezeichnet werden, auf der Nutzer Inhalte teilen bzw. veröffentlichen können,¹⁶⁴ ist Ausdruck der Tatsache, dass die einschlägigen Rechtsakte die Betreiber großer sozialer Netzwerke nicht mehr als neutrale technische „Vermittler“, sondern als mächtige Akteure in Blick nehmen, die eine besondere Verantwortung dafür tragen, dass weder sie selbst den fairen Wettbewerb (DMA) noch ihre Nutzer durch illegale Inhalte das friedliche Zusammenleben in einer demokratischen Gesellschaft (NetzDG) gefährden.¹⁶⁵

¹⁶² Art. 4 Nr. 22 NIS2-V, 2 Nr. 7 DMA-V.

¹⁶³ RegE Netzwerkdurchsetzungsgesetz, BT-Drucks. 18/12356 (**RegE NetzDG**), 18 (unter Verweis auf § 10 TMG).

¹⁶⁴ Vgl. auch BGH, Beschl. v. 23.6.2020, KVR 69/19 Rn. 2 – Facebook.

¹⁶⁵ RegE NetzDG, BT-Drucks. 18/12356, 18.

- 67 Dieses Potential besitzen Dienste, die wesentlich zur digitalen Vergesellschaftung beitragen, weil und soweit sie es Nutzern ermöglichen, Inhalte zu beliebigen Themen zu teilen bzw. zu veröffentlichen. Ob dabei mit Tönen, Bildern oder Text kommuniziert wird, ist ohne Belang. Unter den Begriff des sozialen Netzwerks fällt demgemäß nicht nur Facebook, sondern erfasst sind auch Dienste wie Instagram, Twitter, YouTube, TikTok, Pinterest und SoundCloud.¹⁶⁶ Dienste mit derselben technischen Funktionalität, aber einer thematischen Fokussierung etwa auf berufsbezogene Inhalte fallen hingegen ebenso wenig in die Kategorie der sozialen Netzwerke wie Dienste, die den Abschluss von Fernabsatzverträgen ermöglichen.¹⁶⁷ Derartige Vermittler/Plattformen verhelfen ihren Nutzern lediglich zu einer punktuellen Interaktion in bestimmten Situationen. Soziale Netzwerke bieten ihren Nutzern hingegen die Möglichkeit zu einer umfassenden, themenoffenen Sozialisierung und zur Ausbildung einer „virtuellen Identität“.¹⁶⁸
- 68 Video-Sharing-Plattform-Dienste (VSPD) und Dienste für das Teilen von Online-Inhalten (DTOI) erfüllen diese allgemein-kommunikativ-soziale Funktion ebenfalls.¹⁶⁹ Mit ihrem regulativen Fokus auf urheberrechtlich geschützte Inhalte aller Art (DTOI) bzw. audiovisuelle Medien aller Art (VSPD) bilden sie eine Schnittmenge mit den sozialen Netzwerken. In Einzelfällen aber ist zu differenzieren. So erfasst der Begriff der VSPD auch thematisch eingegrenzte Dienste, etwa zum Teilen von Videospielaufnahmen, bei denen es sich nicht um „soziale“ Netzwerke handelt.¹⁷⁰ Konsequenter führt der DMA-Vorschlag „Video-Sharing-Plattform-Dienste“ gesondert neben sozialen Netzwerken in der Liste der zentralen Plattformdienste auf.¹⁷¹

¹⁶⁶ Eifert, Evaluation des NetzDG Im Auftrag des BMJV, 2020, 3 f.; Grünwald/Nüßing, MMR 2021, 283.

¹⁶⁷ RegE NetzDG, BT-Drucks. 18/12356, 19; BGH, Facebook Messenger (Fn. 43), Rn. 53 (Ärztbewertungsportale nicht erfasst); Bundesamt für Justiz, NetzDG-Bußgeldleitlinien Leitlinien zur Festsetzung von Geldbußen im Bereich des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes (NetzDG) v. 22.3.2018, 3; Grünwald/Nüßing, MMR 2021, 283 (Twitch nicht erfasst). Aufgrund ihrer organisatorischen und auch thematischen Fixierung auf bestimmte Artikel sind auch Kommentarspalten von Online-Zeitungen, selbst wenn sie eine Antwortfunktion bereithalten, keine sozialen Netzwerke. Viel zu weitgehend hingegen Stellungnahme des Bundesrates zum NetzDG-E, BT-Drucks. 18/12727, 18 (Sharing-Plattformen, Online-Speicherdienste, eCommerce- Plattformen, E-Mail- und internetbasierte Kurznachrichtendienste und (Online-)Chats, Auktionsplattformen, Gaming-Netzwerke, Reiseportale, Rubrikenseiten, Vergleichsportale oder Ratgebercommunities). Teilweise ist übergreifend von „sozialen Medien“ die Rede; vgl. BGH, Facebook (Fn. 164).

¹⁶⁸ BGH, Facebook (Fn. 164), Rn. 24.

¹⁶⁹ Vgl. EG 4 S. 2 AVMD-ÄRL.

¹⁷⁰ RegE NetzDGÄG, BT-Drucks. 19/18792, 18.

¹⁷¹ Vgl. Art. 2 Nr. 7 und 8 DMA-V; kritisch Rodríguez de las Heras Ballell (Fn. 22).

- 69 Abgrenzungsfragen können sich schließlich im Verhältnis zwischen sozialen Netzwerken und Diensten der Individualkommunikation ergeben.¹⁷² Auf den ersten Blick ist der Unterschied klar. Erstere ermöglichen eine öffentliche, eben gesellschaftliche („soziale“) Kommunikation, Letztere eine Kommunikation zwischen bestimmten Personen. Demgemäß sind E-Mail-Dienste keine sozialen Netzwerke.¹⁷³ Bei sog. Messengerdiensten wie WhatsApp und Telegram – im TK-rechtlichen Jargon „nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste“¹⁷⁴ – kann dies abhängig von den verfügbaren Funktionalitäten des Dienstes anders sein. Ermöglichen sie lediglich den individuellen Nachrichtenaustausch mit bestimmten Empfängern, überschreiten sie die Grenze des Privat-individuellen zum Sozialen nicht. Bei maximal 256 Teilnehmern eines WhatsApp-Gruppenchats mag man noch von Individualkommunikation ausgehen;¹⁷⁵ bei bis zu 200.000 Mitgliedern einer Telegram-Gruppe und öffentlich (also für jedermann) zugänglichen Telegram-Kanälen mit unbegrenzt vielen Abonnenten ist die Grenze zum sozialen Netzwerk hingegen überschritten.¹⁷⁶ Kommunikation in solchen virtuellen Räumen richtet sich typischerweise an eine vom Absender nicht vorab bestimmte Mehrzahl von Adressaten.¹⁷⁷ Auch substituieren die entsprechenden Funktionen eines Messengers sowohl aus Anbieter- als auch aus Nutzersicht von vornherein offen angelegte soziale Netzwerke wie Twitter.¹⁷⁸ Sie sind dazu „bestimmt ..., dass Nutzer beliebige Inhalte mit anderen Nutzern teilen oder der Öffentlichkeit zugänglich machen“ (§ 1 Abs. 1 S. 1 NetzDG).
- 70 Das Beispiel Telegram verdeutlicht schließlich, dass bei der Subsumtion unter einen Dienstebegriff in zwei Schritten vorzugehen ist. In einem ersten Schritt ist der Sachverhalt, also der digitale Dienst, zu bestimmen und ggf. von anderen Diensten

¹⁷² § 1 S. 3 NetzDG; RegE NetzDG, BT-Drucks. 18/12356, 18.

¹⁷³ Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum NetzDG-E, BT-Drucks. 18/12727, 28.

¹⁷⁴ Oben II 3 a.

¹⁷⁵ Derzeitige Höchstzahl bei WhatsApp, vgl. <https://www.whatsapp.com/features/>; vgl. <https://www.bundesjustizamt.de/DE/Themen/Buergerdienste/NetzDG/Fragen/1.html> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021) (WhatsApp nicht vom NetzDG erfasst).

¹⁷⁶ <https://telegram.org/faq#f-was-ist-telegram-was-kann-man-hier-machen> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021); vgl. <https://netzpolitik.org/2021/bussgeldverfahren-telegram-soll-sich-an-das-netzdg-halten/> (zuletzt abgerufen am 11.10.2021).

¹⁷⁷ Vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrates zum NetzDG-E, BT-Drucks. 18/12727, 28.

¹⁷⁸ Zum Gedanken der Konkurrenz zwischen Diensten als Aspekt ihrer Klassifikation im Urheber- und Medienrecht oben II 3 b bb (3), c (5)(a).

abzugrenzen. Hierfür kommt es auf die Funktionalität aus objektiver Nutzersicht an. Zu fragen ist, was ein durchschnittlicher Nutzer mit einem bestimmten Angebot tun kann, und was demgemäß der bestimmungsgemäße Zweck des Dienstes ist. Nach diesen Maßstäben abtrennbare Funktionen eines unter einer Dachmarke bzw. Applikation angebotenen Dienstes sind gesondert zu beurteilen.¹⁷⁹ Ob ein digitaler Dienst nämlich technisch und vertraglich einzeln (wie WhatsApp neben Instagram und Facebook) oder als Teil eines einheitlichen Angebots (wie Telegram) bereitgestellt wird, hängt von privatautonomen Entscheidungen der jeweiligen Betreiber ab, die für die Subsumtion unter Dienstekategorien und damit für die Anwendbarkeit hieran anknüpfender Gesetze nicht maßgeblich sein dürfen. Ist ein Dienst auf diese Weise juristisch herauspräpariert, folgt in einem zweiten Schritt die Subsumtion unter die jeweilige Legaldefinition. Erst auf dieser Stufe darf eine Schwerpunktbetrachtung erfolgen, die nach dem „Hauptzweck“ des jeweiligen Angebots fragt.

(f) Online-Plattformen

- 71 Die sechste Hosting-Dienst-Kategorie ist die „Online-Plattform“. Während von Plattformen bisher eher unspezifisch als Oberbegriff und Synonym für Vermittler fremder Inhalte die Rede war,¹⁸⁰ möchte die Europäische Kommission die „Online-Plattform“ im DSA-Vorschlag zu einer spezifischen Kategorie des Unionsrechts machen, mit der die Adressaten bestimmter Sorgfaltspflichten gem. Art. 16 ff. DSA-V identifiziert werden.¹⁸¹ Art. 2 Buchst. h DSA-V definiert die Online-Plattform als „einen Hosting-Diensteanbieter, der im Auftrag eines Nutzers Informationen speichert und öffentlich verbreitet“.
- 72 Diese Legaldefinition ist zunächst insofern misslungen, als Dienst und Anbieter und damit objektiver und subjektiver Anwendungsbereich des DSA vermengt werden.¹⁸² Auch erscheint es wenig glücklich, den unspezifischen Plattformbegriff für eine Unterkategorie der Hosting-Dienste zu verwenden, nämlich für solche, die sich nicht auf die Speicherung fremder Inhalte beschränken (z.B. reine Cloud-Dienste), sondern

¹⁷⁹ Ebenso Art. 2 Nr. 6 UAbs. 1 DSM-RL, § 2 Abs. 1 UrhDaG (einer ihrer Hauptzwecke); Art. 1 Abs. 1 Buchst. aa AVMD-RL (trennbarer Teil); zu Online-Shops und Online-Marktplätzen bzw. -Vermittlungsdiensten oben II 3 b cc (5) (c) und (d).

¹⁸⁰ Oben II 3 b cc (5)(a), (b) und (e).

¹⁸¹ Kritisch *Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss* (Fn. 17), Ziff. 3.9.

¹⁸² Hierzu oben I mit Fn. 16.

diese im Auftrag ihrer Nutzer „für eine potenziell unbegrenzte Zahl von Dritten“ bereitstellen.¹⁸³ Hintergrund dieses zusätzlichen Tatbestandsmerkmals ist, dass Dienste mit dieser Funktion in direkterem und größerem Maße zur Verbreitung illegaler Inhalte beitragen als reine Speicherdienste. Demgemäß werden Online-Plattformen nach dem Kaskadenmodell des DSA-Vorschlags umfangreichere Compliance-Pflichten auferlegt als Hosting-Diensten, die lediglich das Speichern von Daten ermöglichen.¹⁸⁴

73 Zwar rangiert die „Online-Plattform“ unterhalb der Hosting-Dienste-Kategorie. Innerhalb jener aber hat die von der Kommission vorgeschlagene Legaldefinition den größten Anwendungsbereich aller bisher erörterten Begrifflichkeiten. Erfasst sind nämlich alle fünf vorstehend erläuterten Hosting-Dienste, da sie ungeachtet des Inhalts und sonstigen Zwecks des Dienstes fremde Inhalte speichern und öffentlich verbreiten.¹⁸⁵

74 Es kommt für den Begriff der Online-Plattform ferner nicht darauf an, ob der Dienst auf neutrale Weise erbracht wird oder ob der Anbieter eine aktive Rolle bei der Verbreitung illegaler Inhalte einnimmt. Denn das Kriterium der Neutralität eines Hosting-Dienstes ist nur für die privilegierenden Haftungsausschlüsse gem. Art. 14 ECRL und künftig Kapitel II des DSA-Vorschlags Tatbestandsvoraussetzung.¹⁸⁶ Die Sorgfaltspflichten der Art. 16 ff. DSA-V und die hieran geknüpften Sanktionen hingegen treffen sowohl neutrale als auch – erst recht – solche Plattformanbieter, die Wissen oder Kontrolle über illegale Inhalte haben oder sogar bewusst mit einem Nutzer zusammenarbeiten, um illegale Tätigkeiten auszuüben.¹⁸⁷ Denn nur ein solch umfassender Anwendungsbereich der Art. 16 ff. DSA-V verspricht ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld.¹⁸⁸

¹⁸³ Art. 2 Buchst. i DSA-V.

¹⁸⁴ Vgl. EG 13, 35 DSA-V.

¹⁸⁵ Vgl. EG 13 DSA-V (soziale Netzwerke und Online-Marktplätze); *Rohrßen*, ZVertriebsR 2021, 71, 73; *Grünwald/Nüßing*, MMR 2021, 283, 285. Nicht hingegen sind alle Medienintermediäre gem. MStV zugleich Online-Plattformen, da auch Suchmaschinen zu den Medienintermediären zählen; a.A. *Kalbhenn/Hemmert-Halswick*, ZUM 2021, 184 186; ferner unten II 3 b cc (6)(d).

¹⁸⁶ Vgl. EG 18 und 20 DSA-V mit Bezug auf die Haftungsausschlüsse; ferner unten II 3 b cc (6)(a).

¹⁸⁷ Vgl. die Differenzierung in Art. 1 Abs. 1 Buchst. a und b DSA-V. Ebenso zu Hostingdiensten gem. TOI-VO unten II 3 b cc (5)(g).

¹⁸⁸ Art. 1 Abs. 2 Buchst. b DSA-V.

- 75 Abzugrenzen sind wie beim Begriff der sozialen Netzwerke Dienste für die Individualkommunikation, die Informationen nicht „öffentlich“ verbreiten. Eine öffentliche Verbreitung liegt nach Art. 2 Buchst. i DSA-V vor, wenn Informationen „für eine potenziell unbegrenzte Zahl von Dritten“ bereitgestellt werden.¹⁸⁹ Angewendet auf den Grenzfall Telegram würde dies bedeuten, dass Gruppen mit einer fixen Maximalgröße von 200.000 Mitgliedern keine Online-Plattform darstellen, wohl aber völlig öffentliche Kanäle.¹⁹⁰ Das Beispiel belegt, dass das Merkmal der „potenziell unbegrenzten Zahl“ aus teleologischer Sicht wenig sinnvoll ist. Denn Messenger-Gruppen mit zehntausenden Mitgliedern bilden ein gesellschaftlich bedeutsames Online-Umfeld, in dem Nutzerinteressen gewahrt, illegale Praktiken bekämpft und Grundrechte geschützt werden sollten.¹⁹¹ Vorzugswürdig erscheint es daher, den Öffentlichkeitsbegriff des DSA am europäischen Urheberrecht zu orientieren, zumal urheberrechtswidrige zugleich „illegale“ Inhalte gem. Art. 2 Buchst. g DSA-V sind. Demnach würde ein Dienst eine öffentliche Verbreitung ermöglichen, wenn der Kreis der Rezipienten unbestimmt in dem Sinne ist, dass es an einer besonderen Beziehung zwischen den Beteiligten fehlt, die es erlaubt, ihren Kreis von vornherein abzustecken.¹⁹²
- 76 Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein multifunktionaler Dienst als „Online-Plattform“ einzuordnen ist, beantwortet Art. 2 Buchst. h Hs. 2 DSA-V dahingehend, dass es sich bei der Speicherung und öffentlichen Verbreitung fremder Inhalte „nicht nur um eine unbedeutende und mit einem anderen Dienst verbundene reine Nebenfunktion“ handeln darf, „die aus objektiven und technischen Gründen nicht ohne diesen anderen Dienst genutzt werden kann, ... sofern die Integration der Funktion in den anderen Dienst nicht dazu dient, die Anwendbarkeit dieser Verordnung zu umgehen“. Beispielsweise sei ein Kommentarbereich einer Online-Zeitung lediglich eine Nebenfunktion des Hauptdienstes der Veröffentlichung von Nachrichten unter der redaktionellen Verantwortung des Verlegers und als solcher mithin keine „Online-Plattform“.¹⁹³ Die Legaldefinition der Online-Plattform bildet damit eine Ausnahme vom Grundsatz, dass funktional trennbare Dienste jeweils gesondert zu klassifizieren

¹⁸⁹ Art. 2 Buchst. i DSA-V.

¹⁹⁰ Oben Fn. 176.

¹⁹¹ Vgl. EG 35 DSA-V; *Spindler*, GRUR 2021, 653.

¹⁹² EuGH, Peterson und Elsevier (Fn. 8), Rn. 69; *Rehbinder/Peukert* (Fn. 81), Rn. 387-390.

¹⁹³ EG 13 DSA-V.

sind.¹⁹⁴ Aus ihr kann nicht gefolgert werden, dass ein Kommentarbereich dem Verleger der Online-Zeitung nun plötzlich in jeder rechtlichen Hinsicht als eigener Inhalt zugerechnet würde. Vielmehr handelt es sich um einen vom Inheldienst funktional trennbaren Hosting-Dienst, der den für alle Vermittlungs- und Hosting-Dienste einschlägigen Vorschriften der Kapitel II (insbes. Art. 5) sowie Kapitel III Abschnitte 1 und 2 DSA-V unterliegt. Lediglich die weitergehenden Sorgfaltspflichten für Online-Plattformen werden durch Art. 2 Buchst. h Hs. 2 DSA-V ausgeschlossen. Hintergrund hierfür ist die wirkungsabhängige, kaskadenartige Systematik des DSA-Vorschlags. Der Betrieb eines Kommentarbereichs löst nur die grundlegenden Compliance-Pflichten für alle Hosting-Diansteanbieter aus, nicht die weitreichenderen gem. Art. 16-24 DSA-V für Online-Plattformen, die nur auf Dienste anwendbar sind, deren Hauptfunktion es ist, fremde Informationen zu speichern und öffentlich zu verbreiten.

(g) Hosting-Dienste gem. TOI-VO und ECRL

- 77 Die siebte Kategorie der Hosting-Dienste ist in Art. 2 Nr. 1 TOI-VO legaldefiniert.¹⁹⁵ Demnach „besteht“ ein solcher Dienst in der Speicherung der „durch einen Inheldianbieter bereitgestellten Informationen im Auftrag eines Inheldianbieters“.¹⁹⁶
- 78 Auf den ersten Blick wird damit die Begriffsbestimmung des Art. 14 Abs. 1 ECRL wiederholt.¹⁹⁷ Es fragt sich dann allerdings, weshalb der Unionsgesetzgeber nicht gleich auf diese Vorschrift verwiesen hat. Sollte es also doch Unterschiede zwischen den beiden Hosting-Dienste-Begriffen geben, so dass sich die Gesamtzahl auf acht erhöhen würde?
- 79 Nimmt man die Definition des Inheldianbieters und die materiellen Vorschriften der TOI-VO mit in Blick, so scheint die Verordnung in der Tat nur einen Ausschnitt aller

¹⁹⁴ Oben II 3 b cc (5)(a), (b), (d), (e).

¹⁹⁵ Die deutsche Fassung der TOI-VO schreibt „Hostingdienst“ ohne Bindestrich zusammen. Hier wird an der abweichenden Schreibweise, die etwa im DSA-Vorschlag verwendet wird, festgehalten.

¹⁹⁶ Im Hinblick auf multifunktionale Dienste folgt die TOI-VO dem Trennungsprinzip, wonach funktional trennbare Dienste auch gesondert zu klassifizieren sind; vgl. EG 14 a.E. TOI-VO („Bietet ein Hostingdiensteanbieter mehrere Dienste an, so sollte diese Verordnung nur auf die in ihren Anwendungsbereich fallenden Dienste angewendet werden.“). Die Vorschriften zu audiovisuellen Mediendiensten (= Inheldiandiensten) haben gem. Art. 1 Abs. 5 S. 2 TOI-VO Vorrang. Diese Regelung ist überflüssig, da sich die Anwendungsbereiche der Vorschriften nicht überschneiden. Die Positionen des Inheldiandienstes und des Hosting-Dienstes schließen sich gegenseitig aus. Hingegen überlappen sich die Begriffe des Hostingdienstes gem. TOI-VO und des VSPD; vgl. EG 8 TOI-VO.

¹⁹⁷ Oben Fn. 127 und unten II 3 b cc (6)(a).

Speicherdienste zu adressieren, nämlich solche, die Inhalte im Auftrag eines Inhabers „öffentlich verbreiten“.¹⁹⁸ Als „Inhabers“ gilt gem. Art. 2 Nr. 2 TOI-VO dementsprechend ein Nutzer, „der Informationen bereitgestellt hat, die in seinem Auftrag von einem Hostingdiensteanbieter gespeichert und der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt wurden oder werden.“ Auch ist es Ziel der TOI-VO, „die öffentliche Verbreitung terroristischer Inhalte“ durch Hosting-Dienste zu bekämpfen.¹⁹⁹ Konsequentermaßen ermächtigt Art. 3 Abs. 1 TOI-VO die zuständige Behörde jedes Mitgliedstaats zu „Entfernungsanordnungen“, und Art. 5 Abs. 1 TOI-VO verpflichtet Hosting-Diensteanbieter zu Maßnahmen gegen den Missbrauch ihrer Dienste in Gestalt der „öffentliche[n] Verbreitung terroristischer Inhalte“. Erwägungsgrund 13 besagt sogar ausdrücklich, dass die TOI-VO für Anbieter gelten sollte, die fremde Inhalte „speichern *und* öffentlich verbreiten“. Im DSA-Jargon wären das Online-Plattformen und gerade keine Hosting-Dienste.

- 80 Aus der wechselvollen Entstehungsgeschichte der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 1 TOI-VO und aus Erwägungsgrund 14 S. 4-6 TOI-VO ergibt sich jedoch, dass der Anwendungsbereich der Verordnung nicht auf Dienste beschränkt ist, die unmittelbar eine öffentliche Verbreitung von Inhalten ermöglichen. Im Kommissionsvorschlag hatte die Definition zwar noch ausdrücklich das kumulative Merkmal enthalten, dass ein Hosting-Dienst „die gespeicherten Informationen Dritten zur Verfügung [stellt]“.²⁰⁰ Das Europäische Parlament wünschte hingegen eine Klarstellung, dass lediglich solche „Cloud-Dienste“ ausgenommen werden, „bei denen der Diensteanbieter keine vertraglichen Verfügungsrechte dahingehend hat, welche Inhalte gespeichert werden oder wie diese verarbeitet oder durch seine Kunden oder die Endnutzer dieser Kunden veröffentlicht werden, und bei denen der Diensteanbieter technisch keine Möglichkeit hat, konkrete Inhalte zu löschen, die von seinen Kunden oder den Endnutzern seiner Dienste gespeichert werden.“²⁰¹ Nach dieser Lesart erfasst die Verordnung auch reine

¹⁹⁸ Vgl. Art. 2 Nr. 3 TOI-VO („öffentliche Verbreitung“ die Bereitstellung von Informationen im Auftrag eines Inhabers für einen potenziell unbegrenzten Personenkreis“). Gem. EG 14 S. 3 TOI-VO sind interpersonelle Kommunikationsdienste gem. Art. 2 Nr. 5 EKEK zwischen einer endlichen Zahl von Personen „wie beispielsweise E-Mail-Dienste oder Privatnachrichtenübermittlungsdienste“ konsequent nicht erfasst.

¹⁹⁹ Art. 1 Abs. 1 Buchst. a TOI-VO.

²⁰⁰ Art. 2 Abs. 1 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, COM(2018) 640 final.

²⁰¹ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments v. 17.4.2019 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung

Speicherdienste wie etwa File-Hoster, soweit der Inhabeanbieter durch weitere Dienste (etwa Webseiten mit Linklisten) eine öffentliche Verbreitung herbeiführen kann. Diese weite Auslegung entspricht dem generellen Schutzzweck der Verordnung und Erwägungsgrund 14 S. 4-6 TOI-VO, der wiederum auf den Standpunkt des Rates v. 16.3.2021 und die zuvor erzielte politische Einigung zwischen Europäischem Parlament, Rat und Kommission zurückgeht.²⁰² Demnach kommt es entscheidend darauf an, ob Informationen „auf direktes Verlangen des Inhabeanbieters“ hin öffentlich verbreitet werden. Nicht erforderlich ist es hingegen, dass hierfür nur ein einziger Dienst verwendet wird. Denn ausdrücklich erfasst sein sollen auch „File-Sharing-Dienste[n] und andere[n] Cloud-Dienste[n]“. Erstere speichern auf „direktes Verlangen“ eines Inhabeanbieters Links, Letztere Daten, auf die ggf. verlinkt wird.²⁰³ Sowohl die Entfernung von Links als auch der Quelldaten trägt zur effektiven Bekämpfung terroristischer Inhalte bei.

81 Anders ist es gem. EG 14 S. 5 TOI-VO bei „Cloud-Infrastrukturen“. Gedacht ist hier wohl an Dienste wie Amazon Web Services oder Microsoft Azure, die im Cybersicherheitsrecht und im DMA-Vorschlag „Cloud-Computing-Dienste“ genannt und definiert werden als Dienste, die „den Zugang zu einem skalierbaren und elastischen Pool gemeinsam nutzbarer Rechenressourcen“ ermöglichen.²⁰⁴ Zwar geht es auch bei derartigen Diensten letztlich um die Bereitstellung von Server- und Speicherkapazitäten.²⁰⁵ Cloud-Computing-Dienste unterscheiden sich von Cloud-Diensten aber dadurch, dass sie gewissermaßen im Hintergrund operieren und nicht unmittelbar mit den Inhabeanbietern kontrahieren, die ihre ggf. terroristischen Informationen bei einem zwischengeschalteten Cloud- und sonstigen Hosting-Dienst speichern, der hierfür wiederum die Ressourcen eines Cloud-Computing-Dienstes nutzt. Über die für einen Hosting-Dienst i.S.d. TOI-VO erforderliche vertragliche und

terroristischer Online-Inhalte (COM(2018)0640 – C8- 0405/2018 – 2018/0331(COD)), P8_TA(2019)0421, Abänderung 13 zu Erwägungsgrund 10.

²⁰² Standpunkt des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, vom Rat am 16.3.2021 angenommen, 14308/1/20 REV 1; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 294 Absatz 6 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union betreffend den Standpunkt des Rates im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, 17.3.2021, COM(2021) 123 final, 2.

²⁰³ Für ein Beispiel vgl. EuGH, Peterson und Elsevier (Fn. 8), Rn. 73 ff., 97 ff.

²⁰⁴ Art. 4 Nr. 19 NIS-RL und Art. 2 Nr. 2 Buchst. g und Nr. 11 DMA-V; Polley/Konrad, WuW 2021, 198, 200.

²⁰⁵ Zum Begriff des Speicherns vgl. EG 13 S. 2 TOI-VO (Aufbewahrung von Daten).

technische Kontrolle über die gespeicherten Daten verfügt nur der Anbieter des Cloud-Dienstes, nicht der Betreiber des Cloud-Computing-Dienstes. Ebenso wenig erfasst sind reine Durchleitungs- und Cachingdienste sowie andere Dienste auf der Ebene der Internet-Infrastruktur.²⁰⁶ Suchmaschinen fallen nicht unter die TOI-VO, weil sie Quell- und Linkinformationen nicht „im Auftrag“ eines Inhaltenanbieters speichern.

- 82 Als Zwischenergebnis ist mithin festzuhalten, dass es gem. dem Wortlaut von Art. 2 Nr. 1 TOI-VO für die Qualifikation als Hosting-Dienst tatsächlich genügt, auftragsgemäß fremde Informationen zu speichern. Und doch ist diese Legaldefinition nicht deckungsgleich mit Art. 14 Abs. 1 ECRL, der mithin die achte Unterkategorie bildet. Dies folgt aus Erwägungsgrund 13 S. 1 TOI-VO, wonach es im Interesse einer wirksamen Bekämpfung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte anders als für die Haftungsprivilegien der ECRL nicht darauf ankommt, ob die Speicherung und öffentliche Verbreitung „rein technischer, automatischer und passiver Art ist.“²⁰⁷ Die TOI-VO hat also einen größeren Anwendungsbereich als Art. 14 ECRL. Hintergrund ist der entgegengesetzte Zweck der beiden Regelungen. Die ECRL räumt Hosting-Diensten Haftungsprivilegien ein, wenn und soweit sie sich auf eine technisch-passive Rolle beschränken. Die TOI-VO hingegen etabliert eine Haftungsgrundlage für das Hosten terroristischer Inhalte. Die entsprechenden Sorgfaltspflichten und sonstigen Vorgaben sollten im Interesse eines hohen Schutzniveaus gerade auch und erst recht auf Hosting-Dienste Anwendung finden, die Wissen oder Kontrolle über terroristische Inhalte haben oder gar mit Inhaltenanbietern zusammenarbeiten, um derartige Inhalte zu verbreiten.²⁰⁸ Das Unionsrecht operiert also mit zwei divergierenden Begriffen des Hosting-Dienstes: im Sinne der ECRL und im Sinne der TOI-VO.²⁰⁹

(6) Übergreifende Begrifflichkeiten

- 83 Auch damit ist die schillernde Vielfalt von Vermittler- bzw. Plattformbegriffen im geltenden Recht noch nicht ausgeschöpft. Zu den Legaldefinitionen des reinen Durchleitungsdienstes, des Caching-Dienstes, der Online-Suchmaschine und der acht

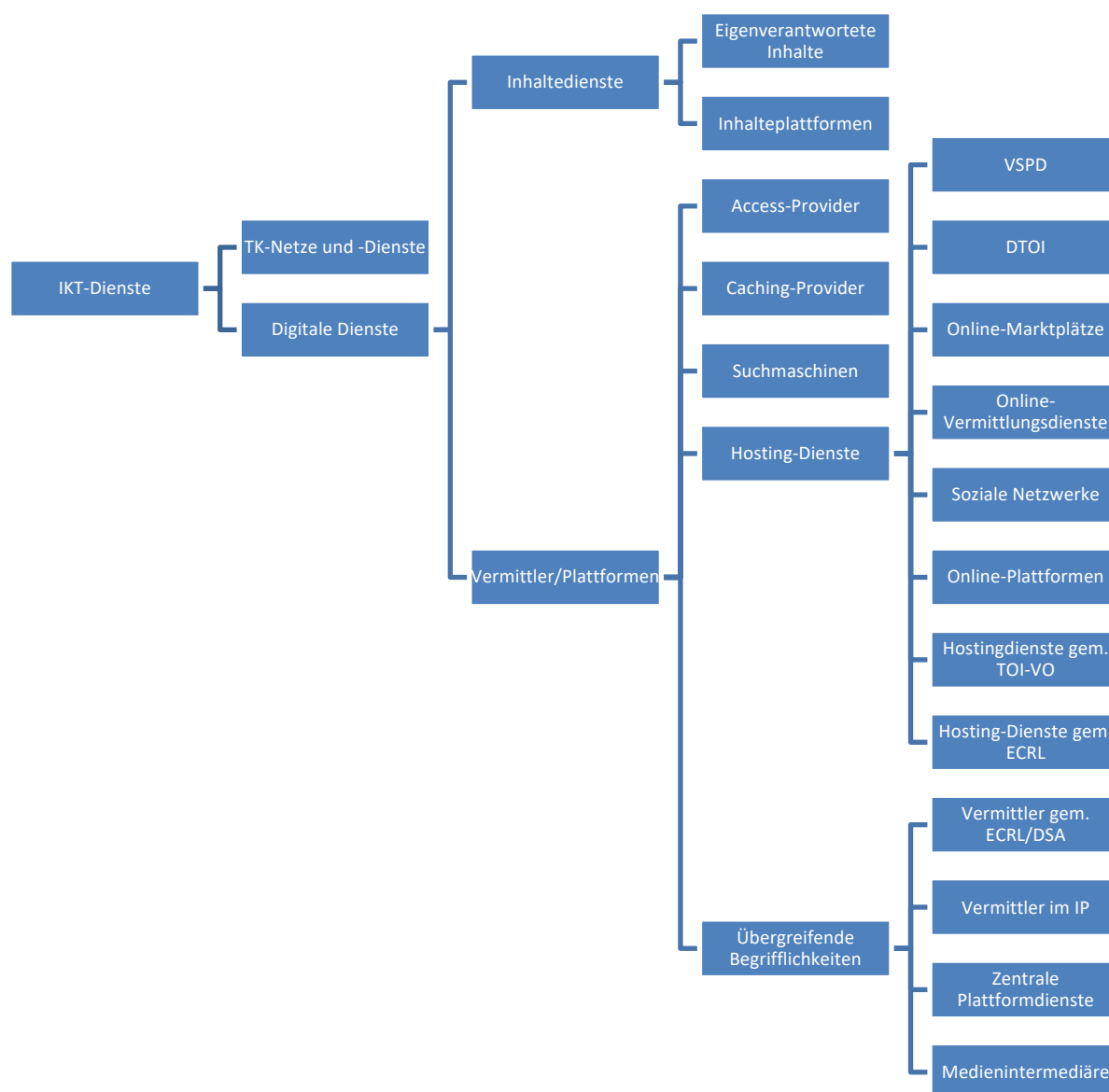
²⁰⁶ Vgl. EG 13 a.E. TOI-VO (DNS-Dienste, Zahlungsdienste oder Anbieter von Schutzdiensten gegen DDoS (Distributed Denial of Service/verteilter Dienstverweigerungsangriff)).

²⁰⁷ EG 42 S. 2 ECRL.

²⁰⁸ Vgl. EG 18, 20 DSA-V.

²⁰⁹ Ebenso zum gespaltenen Hosting-Dienste-Begriff der Kapitel II und III DSA unten II 3 b cc (6)(a).

Hosting-Dienste treten vier übergreifende Begrifflichkeiten, die jeweils verschiedene und in keinem Fall alle vorgenannten Arten von Vermittlern/Plattformen umfassen.



(a) Vermittler/Vermittlungsdienst gem. ECRL/DSA-E

84 Die älteste Begrifflichkeit dieser Art findet sich in Abschnitt 4 der ECRL zur „Verantwortlichkeit der Vermittler“.²¹⁰ Eine Legaldefinition des Vermittlers enthält die ECRL allerdings nicht. In Art. 2 ECRL wird unter Verweis auf die Notifizierungs-RL 1998/48 lediglich der noch allgemeinere „Dienst der Informationsgesellschaft“

²¹⁰ Rohrßen, ZVertriebsR 2021, 71, 72 (die ECRL stamme aus dem Jahr 2000 – „in Tech-Zeitrechnung: 8 Jahre vor dem ersten iPhone, quasi: der Steinzeit“).

aufgeführt. Aus dieser großen Gruppe bilden die Vermittler gem. Art. 12-15 ECRL einen Teilausschnitt.²¹¹ Zugleich sind damit drei ganz unterschiedliche Dienstekategorien angesprochen, nämlich reine Durchleitungs-, Caching- und Hosting-Dienste.²¹²

85 Der DSA-Vorschlag schreibt diese Begrifflichkeiten fort, führt die in den Art. 12-14 ECRL verstreuten Bestimmungen jedoch in einer Legaldefinition des „Vermittlungsdienstes“ (*intermediary services*) zusammen.²¹³ Außerdem wird innerhalb der Hosting-Dienste-Kategorie weiter zwischen den jeweils verschärften Sorgfaltspflichten für Online-Plattformen und für sehr große Online-Plattformen differenziert.²¹⁴ Insgesamt etabliert der DSA-Vorschlag eine pyramidale Struktur mit dem Dienst der Informationsgesellschaft als allgemeinsten Kategorie, den Vermittlungsdiensten gem. Art. 2 Buchst. f als Teil hiervon auf Stufe 2, allen Hosting-Diensten als Teil der Vermittlungsdienste auf Stufe 3, Online-Plattformen als Teil der Hosting-Dienste auf Stufe 4 und sehr großen Online-Plattformen auf Stufe 5. Die Sorgfaltspflichten für diese fünf Dienstekategorien wachsen auf jeder Stufe kaskadenartig an. Für Dienste der Informationsgesellschaft sieht der DSA keine speziellen Regelungen vor, für alle Anbieter von Vermittlungsdiensten gelten Kapitel II und Kapitel III Abschnitt 1, für Hosting-Dienste zusätzlich Art. 14 f. DSA-E, für Online-Plattformen zusätzlich Art. 16-24 DSA-V und für sehr große Online-Plattformen zusätzlich Art. 25-33 DSA-E.²¹⁵

86 Diese auf den ersten Blick wunderbar konsistente Systematik verdeckt allerdings den tiefen teleologischen Bruch zwischen der Fortschreibung der Haftungsprivilegierungen der ECRL in Art. 3-5 und 6 DSA-V einerseits und den in Art. 8 f. und vor allem in Kapitel III des DSA-Vorschlags niedergelegten positiven Sorgfaltspflichten der Vermittlungsdienste andererseits. Erstere sollen gem. Erwägungsgrund 42 S. 2 ECRL und der hierauf gestützten Rechtsprechung des EuGH nur „rein“ technische, automatische und passive, also insgesamt „neutrale“ digitale Dienste begünstigen; ihre Anbieter dürfen also keine aktive Rolle spielen, die ihnen eine Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte, indem

²¹¹ EG 40 S. 1 ECRL („Diensteanbieter, die als Vermittler handeln“).

²¹² Dazu oben II 3 b cc (1)-(3).

²¹³ Vgl. Art. 2 Buchst. f DSA-V.

²¹⁴ *Kaesling*, ZUM 2021, 177, 178.

²¹⁵ EG 35 DSA-V.

beispielsweise ein Hostprovider seinen Nutzern hilft, rechtswidrige Inhalte zu präsentieren oder zu bewerben.²¹⁶ Diese Neutralität ist das eigentliche Charakteristikum des Vermittlerbegriffs i.S.d. ECRL.²¹⁷ Es soll nach den Erwägungsgründen 18 S. 1 und 20 DSA-V auch für die „Haftungsausschlüsse“ des DSA gelten.

87 Jene werden in der Rechtsprechung des EuGH strikt von Vorschriften unterschieden, die eine Haftung überhaupt erst begründen.²¹⁸ Für derartige Vorschriften und also auch für die Art. 8 ff. DSA-V passt das Neutralitätskriterium aus der ECRL nicht. Wie bereits zu Online-Plattformen und Hosting-Diensten gem. TOI-VO erläutert, widerspräche es dem Sinn und Zweck der Sorgfaltspflichten des DSA, gerade diejenigen Access-, Caching- und vor allem Hostprovider von den Compliance-Regeln auszunehmen, die aktiv an der Verbreitung illegaler Inhalte mitwirken. Eine derartige Einschränkung des Anwendungsbereichs der Art. 8 ff. DSA würde das Ziel der Festlegung einheitlicher Regeln für ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdiges Online-Umfeld (Art. 1 Abs. 2 Buchst. b DSA-E) konterkarieren. Richtig ist vielmehr ein Erst-recht-Schluss: Wenn schon neutral-passive Vermittler den Vorgaben des DSA unterliegen, dann erst recht Diensteanbieter in einer wie auch immer gearteten „aktiven Rolle“. Da das Haftungsrecht jenseits des DSA nur punktuell harmonisiert ist, sollten die positiven Compliance-Regeln des DSA selbst für Vermittlungsdienste gelten, deren Hauptzweck es ist, sich an der Verbreitung illegaler Inhalte zu beteiligen oder sie zu erleichtern. Anders ist dies nur im Kontext des Art. 17 DSM-RL, da es hier in Gestalt von Art. 3 InfoSoc-RL eine vollständig harmonisierte Rechtsgrundlage für eine noch strengere, nämlich uneingeschränkt täterschaftliche Haftung eines solchen Diensteanbieters gibt.²¹⁹

88 Die Differenzierung zwischen neutral-passiven und aktiven Vermittlungsdiensten kommt im DSA-Vorschlag nicht hinreichend deutlich zum Ausdruck. Vorzugswürdig erscheint es, von Vermittlern nur im Kontext der Haftungsprivilegierungen zu sprechen,

²¹⁶ EuGH, verb. Rs. C-236/08 - C-238/08, ECLI:EU:C:2010:159 Rn. 112-120 – Google France; EuGH, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 Rn. 110-117 – L'Oréal; EuGH, Peterson und Elsevier (Fn. 8), Rn. 105-107.

²¹⁷ EuGH, Google France (Fn. 216), Rn. 112.

²¹⁸ EuGH, Google France (Fn. 216), Rn. 107; EuGH, L'Oréal (Fn. 216), Rn. 106 ff. (Haftungsprivilegierung) und Rn. 125 ff. (Art. 11 S. 3 DurchsetzungsRL); EuGH, Peterson und Elsevier (Fn. 8), Rn. 107 f.

²¹⁹ Vgl. EG 62 a.E. DSM-RL.

im Übrigen hingegen von Plattformen.²²⁰ Bewerbstelligen ließe sich das dadurch, dass die Definitionen der Durchleitungs-, Caching- und Hosting-Dienste aus Art. 2 Buchst. f DSA-V herausgelöst und je gesondert kodifiziert würden und in einem Dachartikel der Abschnitte zu den Haftungsprivilegierungen bzw. Sorgfaltspflichten geregelt würde, dass diese jeweils nur für passiv-neutrale Dienste (= Vermittler) bzw. auch für Dienste mit aktiver Rolle im Geschehen (= Plattformen) gelten.

(b) Vermittler im Recht des geistigen Eigentums

- 89 Doch selbst wenn der Unionsgesetzgeber diese begriffliche Differenzierung im DSA vollzöge, würde der Vermittlerbegriff weiterhin im Kontext der Haftungsbegründung Verwendung finden, und zwar im EU-Recht des geistigen Eigentums. Denn nach Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL und Art. 11 S. 3 DurchsetzungsRL²²¹ müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen „Vermittler“ bzw. „Mittelspersonen“ (englisch jeweils: *intermediaries*) beantragen können, „deren Dienste von einem Dritten zwecks Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums in Anspruch genommen werden“.
- 90 Eine nähere Erläuterung der Termini „Vermittler/Mittelsperson“ enthalten die Richtlinien nicht. In der InfoSoc-RL heißt es lediglich, „insbesondere in der digitalen Technik“ könnten „Dienste von Vermittlern immer stärker von Dritten für Rechtsverstöße genutzt werden“, und Vermittler seien oftmals selbst am besten in der Lage, diesen Verstößen ein Ende zu setzen.²²² Diese Erwägungen und namentlich der Gedanke des *cheapest cost avoider* können auch für die DurchsetzungsRL fruchtbar gemacht werden, die der „umfassenden“ Harmonisierung der Materie gem. Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL im Hinblick auf Urheberrechtsverletzungen ausdrücklich Vorrang einräumt.²²³
- 91 Die geringe gesetzliche Ausformung des Vermittlerbegriffs eröffnet einen potentiell sehr weiten Anwendungsbereich. Erforderlich ist zunächst lediglich, dass eine Dienstleistung von einem Dritten für eine Rechtsverletzung genutzt wird, und der

²²⁰ Zum Vordringen der Plattformdiktion oben I und II 3 b cc (1).

²²¹ Richtlinie 2004/48/EG v. 29.4.2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157/45 (**DurchsetzungsRL**).

²²² EG 59 InfoSoc-RL.

²²³ EG 23 DurchsetzungsRL.

Vermittler faktisch in der Lage ist, diesen Verstößen „ein Ende zu setzen“. Jedenfalls Art. 11 S. 3 DurchsetzungsRL ist dabei nicht auf digitale Dienste beschränkt, sondern erfasst nach der Rechtsprechung des EuGH z.B. den Hauptmieter von Markthallen, der Verkaufsflächen an Händler untervermietet, die dort Pirateriewaren verkaufen.²²⁴ Im Digitalsektor werden neben Host-Providern²²⁵ auch Caching- und vor allem Access-Provider als „Vermittler“ gem. Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL betrachtet, obwohl letztere vergleichsweise wenig Kontrolle über den Online-Traffic ausüben und Urheberrechtsverletzungen streng genommen nicht beenden, sondern durch Webseitensperren lediglich erschweren können.²²⁶ Dahinter steht offline wie online der Gedanke, dass die Vermittlerhaftung gem. Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL, 11 S. 3 DurchsetzungsRL unabhängig ist von einer eigenen Verantwortlichkeit der Diensteanbieter, und auch kein besonderes Näheverhältnis zum Verletzer bestehen muss. Maßgeblich ist vielmehr, dass die Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums effektiv und auf hohem Niveau gewährleistet ist.²²⁷ Die Grenzen dieses Konzepts sind noch nicht ausgelotet.²²⁸

- 92 Im hier interessierenden Kontext ist festzuhalten, dass Vermittler i.S.d. ECRL zugleich Vermittler i.S.d. InfoSoc- und DurchsetzungsRL sind. Da die InfoSoc-RL und die DurchsetzungsRL jedoch keine Haftungsprivilegien, sondern Haftungsgrundlagen im Interesse eines hohen Schutzniveaus für geistiges Eigentum statuieren, kann die Voraussetzung einer passiv-neutralen Rolle des gem. ECRL haftungsprivilegierten Diensteanbieters auch hier nicht zum Tragen kommen.²²⁹ Gerichtliche Anordnungen können vielmehr grundsätzlich auch gegen Provider ergehen, die eine „aktive Rolle“ im Rahmen der IP-Rechtsverletzungen durch ihre Nutzer spielen.²³⁰ Agieren sie dabei jedoch als Mittäter oder Teilnehmer oder erfüllen sie sonst durch ihr eigenes Handeln

²²⁴ EuGH, C-494/15, ECLI:EU:C:2016:528 Rn. 21 ff., 29 – Tommy Hilfiger Licensing. Auch die InfoSoc-RL bezieht sich nur „insbesondere“ auf Dienste der Informationsgesellschaft, vgl. Art. 1 Abs. 1 und EG 59 InfoSoc-RL.

²²⁵ EuGH, L'Oréal (Fn. 216), Rn. 131 (Online-Marktplatz als Mittelsperson gem. Art. 11 S. 3 DurchsetzungsRL); EuGH, Peterson und Elsevier (Fn. 8), Rn. 125 ff. (Video-Sharing- und Sharehosting-Dienste).

²²⁶ EuGH, C-557/07, ECLI:EU:C:2009:107 Rn. 38 ff., 43 ff. – LSG; EuGH, C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 Rn. 30 ff. - UPC Telekabel Wien; OLG Köln, HERZ KRAFT WERKE (Fn. 51), Rn. 100.

²²⁷ EuGH, Tommy Hilfiger Licensing (Fn. 224), Rn. 21, 27.

²²⁸ EuGH, Tommy Hilfiger Licensing (Fn. 224), Rn. 28 (Elektrizitätsanbieter).

²²⁹ Dazu oben II 3 b cc (5)(g) und (6)(a).

²³⁰ Dazu EuGH, Google France (Fn. 216).

einen rechtsverletzenden Tatbestand, haften sie als Täter auch auf Schadensersatz.²³¹

(c) DMA: Zentrale Plattformdienste

- 93 Eine weitere übergreifende Begrifflichkeit für mehrere Vermittler-/Plattformdienste findet sich im Vorschlag für ein Gesetz über digitale Märkte (DMA-V). Dieser Rechtsakt soll bestreitbare und faire digitale Märkte gewährleisten, auf denen „Gatekeeper“ tätig sind (Art. 1 Abs. 1 DMA-V). Zum Gatekeeper wird von der Kommission benannt, wer mit erheblicher und gefestigter Marktposition einen „zentralen Plattformdienst“ betreibt.²³² Mit den insbesondere in Art. 5 und 6 DMA-V geregelten Pflichten von Gatekeepern beim Betrieb zentraler Plattformdienste soll der DMA das allgemeine Kartellrecht, die P2B-VO und das digitale Verbraucherschutzrecht ergänzen.²³³ Der DMA zählt also zum wirtschaftsrechtlichen Zweig des Digitalrechts, während die ECRL, das Urheber- und Medienrecht, das NetzDG und künftig der DSA den kommunikationsrechtlichen Zweig der Digitalregulierung bilden.
- 94 Der Begriff des zentralen Plattformdienstes markiert den objektiven Anwendungsbereich des DMA-Vorschlags. Seine Merkmale werden im Kommissionsvorschlag in allgemeiner Weise dahingehend beschrieben, dass es sich um „digitale Dienste“ handelt, die gewerblichen Nutzern auf mehrseitigen Märkten als wichtiges Zugangstor zu Endnutzern dienen.²³⁴ Anbieter zentraler Plattformdienste profitierten überdies von „extremen“ Größenvorteilen, starken Netzwerk- und Lock-in-Effekten, fehlendem Multi-Homing der Endnutzer, vertikaler Integration und Datenvorteilen, wodurch sie in die Position eines mächtigen Torwächters gelangen können.²³⁵ Es liegt auf der Hand, dass die Kommission mit diesen Kennzeichen primär die GAFAM-Gruppe ins Visier nimmt.²³⁶

²³¹ Zum Urheberrecht EG 62 a.E. DSM-RL.

²³² EG 3, Art. 2 Nr. 1, 3 DMA-V und *van Dijck, Poell/de Waal* (Fn. 111), 4 (Plattform-Ökosystem); *Podszun* (Fn. 12), 18 f.; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker*, Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen, 2018, 8.

²³³ Vgl. hierzu sowie zum problematischen Verhältnis des DMA-V zum allgemeinen Wettbewerbsrecht *Zimmer/Göhl*, ZWeR 2021, 29, 31; *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198 ff.; *Haus/Weusthof*, WuW 2021, 318-320; Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union, How national competition agencies can strengthen the DMA, 23.6.2021, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/DMA_ECN_Paper.html?nn=3591286 (zuletzt abgerufen am 11.10.2021).

²³⁴ Art. 3 Abs. 1 Buchst. b DMA-V.

²³⁵ EG 1 f. DMA-V.

²³⁶ *Podszun, Bongartz/Langenstein*, EuCML 2021, 60, 63.

- 95 Allerdings belässt es die Kommission nicht bei dieser funktionalen Erläuterung, sondern schlägt eine abschließende Liste von acht zentralen Plattformdiensten vor, denen die vorgenannten Vermachtungs- und Bottleneck-Tendenzen offenbar in besonderer Weise innewohnen.²³⁷ Für vier dieser acht Dienste verweist der DMA-Vorschlag auf andere Rechtsakte und hier bereits erörterte Dienstekategorien. Es sind dies Online-Vermittlungsdienste,²³⁸ Online-Suchmaschinen,²³⁹ Video-Sharing-Plattform-Dienste²⁴⁰ sowie nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste.²⁴¹ Zwei Definitionen wurden aus dem EU-Cybersicherheitsrecht übernommen und ebenfalls bereits erläutert, nämlich das soziale Netzwerk und der Cloud-Computing-Dienst.²⁴² Die verbleibenden zwei Dienstekategorien sind neu und betreffen (1) Betriebssysteme, definiert als „Systemsoftware, die die Grundfunktionen der Hardware oder Software steuert und die Ausführung von Software-Anwendungen ermöglicht“, sowie (2) „Werbedienste, einschließlich Werbenetzwerken, Werbebörsen und sonstiger Werbevermittlungsdienste“, wenn ihr Anbieter zugleich einen sonstigen zentralen Plattformdienst betreibt.²⁴³
- 96 In der Gesamtschau zeigen sich deutliche Unterschiede zwischen der Liste der zentralen Plattformdienste und dem Vermittlerbegriff i.S.d. ECRL, des DSA und des IP-Rechts. Der DMA-Vorschlag spart Access- und Caching-Provider sowie reine Speicherdienste aus, erfasst dafür aber Suchmaschinen, nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste (Messenger) sowie Cloud-Computing- und

²³⁷ EG 13 und Art. 2 Nr. 2 DMA-V sowie *Zimmer/Göhsl*, ZWeR 2021, 29, 39 f.; *Podszun, Bongartz/Langenstein*, EuCML 2021, 60, 63; zustimmend *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198, 201; kritisch *Rodríguez de las Heras Ballell*, (Fn. 22).

²³⁸ Art. 2 Nr. 2 Buchst. a und Nr. 5 DMA-V unter Verweis auf Art. 2 Nr. 2 P2B-VO; ferner Art. 2 Nr. 12 DMA-V („Stores für Software-Anwendungen“ als Online-Vermittlungsdienste); ferner oben II 3 b cc (5)(d).

²³⁹ Art. 2 Nr. 2 Buchst. b und Nr. 6 DMA-V unter Verweis auf Art. 2 Nr. 5 P2B-VO; ferner oben II 3 b cc (4).

²⁴⁰ Art. 2 Nr. 2 Buchst. d und Nr. 8 DMA-V unter Verweis auf Art. 1 Nr. 1 Buchst. aa AVMD-RL; *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198, 200 (Dienste wie YouTube, nicht jedoch Video-Streaminganbieter wie Netflix).

²⁴¹ Art. 2 Nr. 2 Buchst. e und Nr. 9 DMA-V unter Verweis auf Art. 2 Nr. 7 EKEK sowie oben II 3 a; ferner *Polley/Konrad*, WuW 2021, 198, 200 (Messenger-Dienste wie WhatsApp, Signal, Threema, Telegram, aber auch Facebook-Messenger); kritisch *Gerpott*, CR 2021, 255, 257.

²⁴² Zum sozialen Netzwerk vgl. Art. 2 Nr. 2 Buchst. c und Nr. 7 DMA-V mit Art. 4 Nr. 22 NIS2-V sowie oben II 3 b cc (5)(e). Zum Cloud-Computing-Dienst vgl. Art. 2 Nr. 2 Buchst. g und Nr. 11 DMA-V, Art. 4 Nr. 19 NIS-RL und oben II 3 b cc (5)(c).

²⁴³ Art. 2 Nr. 2 Buchst. f und h sowie Nr. 10 DMA-V. Zu Werbediensten als Diensten der Informationsgesellschaft vgl. EuGH, *Google France* (Fn. 216), Rn. 108-111.

akzessorische Werbedienste, die als Host-Provider nur unvollständig beschrieben wären und auch nicht unter die P2B-VO fallen, weil sie keine direkten Transaktionen vermitteln.²⁴⁴ Mit Betriebssystemen – gemeint ist hier ersichtlich nicht eine bestimmte Software als solche, sondern die Bereitstellung dieses digitalen Inhalts als „System“ nach Maßgabe von Lizenzverträgen; mit anderen Worten eine digitale Dienstleistung²⁴⁵ – erstreckt sich der DMA-Vorschlag sogar auf einen Dienst, mit dem Gatekeeper einen eigenen Inhalt anbieten. Damit steht die Liste der zentralen Plattformdienste auch quer zur hier entfalteten Systematik mit ihrer Unterscheidung zwischen Inheldiensten und Vermittlern/Plattformen.

97 Erklären lassen sich diese Unterschiede im objektiven Anwendungsbereich der Vorschriften damit, dass der DMA-Vorschlag eine wirtschaftsrechtlich-systemische Perspektive auf die Gewährleistung bestreitbarer und fairer Digitalmärkte einnimmt. Hierfür kommt es auf bestimmte inhärente Funktionalitäten digitaler Dienste an (insbes. Netzwerkeffekte), die dazu beitragen, dass ihre Anbieter zu mächtigen, marktübergreifenden Gatekeepern aufsteigen können. Demgegenüber geht es im kommunikationsrechtlichen Zweig der Digitalregulierung letztlich um die Frage einer angemessenen Haftung für eigene oder fremde Rechts- und Gesetzesverletzungen. Hierfür muss vor allem berücksichtigt werden, wozu ein Diensteanbieter faktisch und rechtlich in der Lage ist, und was er demgemäß verantworten kann. Denn nur aus dieser Warte kann beurteilt werden, welche Verhaltenspflichten und Sanktionen angemessen sind. Deshalb ist die Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Inhalten für die meisten Digitalrechtsakte konstitutiv, für den DMA-Vorschlag hingegen irrelevant.²⁴⁶

98 Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass die beiden letzten GWB-Novellen die „Intermediationsmacht“ mehrseitiger digitaler Plattformen und letztlich vor allem die Marktmacht von Big Tech ohne eine dem DMA-Vorschlag vergleichbare Liste erfasster

²⁴⁴ Siehe oben II 3 b cc (5)(d) und Art. 1 Abs. 3 P2B-VO.

²⁴⁵ Zu den Begriffen digitaler Inhalt und digitale Dienstleistung vgl. Art. 2 Nr. 1 und 2 Digitale Inhalte-RL; § 327 Abs. 1 S. 1 BGB („digitale Produkte“).

²⁴⁶ An dieser Stelle stößt damit auch der Versuch, „das“ Digitalrecht zu systematisieren, an seine Grenzen. Die Unterscheidung zwischen einem systemisch-institutionellen Schutz des Wettbewerbs bzw. der Märkte und einem individuellen Rechtsgüterschutz ist offenbar so fundamental, dass sie sich auch in der digitalen Welt durchsetzt.

digitaler Dienste adressiert haben.²⁴⁷ Das GWB spricht nur allgemein von „Vermittlern auf mehrseitigen Märkten“, deren „Vermittlungsdienstleistungen für den Zugang zu Beschaffungs- und Absatzmärkten“ von Bedeutung sein können.²⁴⁸ In Kombination mit (1) der nicht abschließenden Liste von Kriterien, die bei der Bewertung der Marktstellung eines Unternehmens auf mehrseitigen Märkten und Netzwerken gem. § 18 Abs. 3a GWB zu berücksichtigen sind, sowie (2) Missbrauchsvorschriften für sämtliche Unternehmen mit relativer, überlegener, marktbeherrschender oder überragender marktübergreifender Bedeutung für den Wettbewerb (§§ 19, 19a, 20 GWB) erlaubt es dieser regulatorische Ansatz, die Dynamik digitaler Märkte flexibel und doch ganzheitlich zu erfassen.

- 99 Diese Regelungstechnik scheint auf den ersten Blick zielführender zu sein als der kleinteilige und auch starre Zugriff des DMA-Vorschlags. Doch würde eine solche Kritik den zwar komplementären, aber doch eigenständigen Zweck des DMA im Verhältnis zum allgemeinen Kartellrecht verkennen. Während das allgemeine Kartellrecht auch neuartige Sachverhalte und Dienste erfassen kann, dabei aber z.T. viel Zeit ins Land geht, erlaubt der DMA eine effiziente und auch vorausschauende Bekämpfung bereits als wettbewerbswidrig anerkannter Verhaltensweisen im Zusammenhang mit der Nutzung bestimmter digitaler Dienste.²⁴⁹ Zur Erreichung dieses Ziels macht die abschließende Liste zentraler Plattformdienste in Art. 2 Nr. 2 DMA-V durchaus Sinn.

(d) Medienintermediäre

- 100 Die letzte übergreifende Begrifflichkeit im weiten Feld der Vermittler/Plattformen ist der „Medienintermediär“, definiert in § 2 Abs. 2 Nr. 16 MStV als „jedes Telemedium, das auch journalistisch-redaktionelle Angebote Dritter aggregiert, selektiert und allgemein zugänglich präsentiert, ohne diese zu einem Gesamtangebot zusammenzufassen“. Anbieter eines solchen Dienstes ist, wer die Verantwortung für die Aggregation,

²⁴⁷ RegE 10. GWB-Novelle, BT-Drucks. 19/23492, 69 f.; *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fn. 231), 7 (Suchmaschinen, große Handelsplattformen, Preisvergleichsplattformen, Buchungsportale); *Zimmer/Göhl*, ZWeR 2021, 29, 40 („... a platform which interconnects two or more market sides ...“). Inzwischen hat das Bundeskartellamt Feststellungsverfahren gem. § 19a Abs. 1 GWB gegen Facebook, Amazon, Google und Apple eingeleitet; siehe https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/DE/Pressemitteilungen/2021/21_06_2021_Ap ple.html (zuletzt abgerufen am 11.10.2021).

²⁴⁸ §§ 18 Abs. 3b, 20 Abs. 1 S. 2 GWB.

²⁴⁹ Joint paper of the heads of the national competition authorities of the European Union (Fn. 231), Rn. 14-16.

Selektion und allgemein zugängliche Präsentation von Inhalten trägt.²⁵⁰ Diese Akteure werden vom Medienstaatsvertrag im Interesse der Sicherung journalistischer Standards und zur Förderung kommunikativer Chancengleichheit in der digitalen Welt erstmals medienrechtlichen Vorgaben unterworfen, namentlich im Hinblick auf die Transparenz und Diskriminierungsfreiheit ihrer Dienste.²⁵¹ Dieser Regelungszweck macht verständlich, warum Medienintermediär nur ist, wer zumindest „auch journalistisch-redaktionelle Angebote“ vermittelt.²⁵²

- 101 Bei diesen journalistisch-redaktionellen Angeboten muss es sich um Inhalte Dritter handeln, nicht um solche, die der Diensteanbieter selbst verantwortet. Und auch zur Medienplattform als zweiter Variante des Inheldienstes steht der Begriff des Medienintermediärs ausweislich des letzten Halbsatzes der Legaldefinition in einem Ausschlussverhältnis. Eine Medienplattform stellt ein geschlossenes Gesamtangebot an Inhalten bereit, die der jeweilige Anbieter auswählt; ein Medienintermediär hingegen vermittelt unbestimmt-fremde Informationen an die Öffentlichkeit.²⁵³ Als Beispiele für Medienintermediäre nennt die Begründung zum Medienstaatsvertrag Suchmaschinen, soziale Netzwerke, User Generated Content-Portale, Blogging-Portale und News Aggregatoren sowie ggf. App-Portale und Sprachassistenten.²⁵⁴ Sie alle sammeln Informationen, priorisieren Informationen aus dem gesammelten Datenbestand und präsentieren das Ergebnis.²⁵⁵
- 102 Mit diesem Anwendungsbereich unterscheidet sich der Begriff des Medienintermediärs von allen bisher erörterten Dienstekategorien. Er ist nicht auf Video-Sharing-Plattform-Dienste (VSPD) gem. AVMD-RL, Online-Plattformen gem. DSA oder generell auf Hosting-Dienste beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf Suchmaschinen und News Aggregatoren, die – da und soweit sie fremde Inhalte nicht im Auftrag ihres Anbieters speichern – wiederum nicht zu den „Vermittlern“ i.S.d. ECRL und des DSA und auch nicht zu den Hosting-Diensten gem. TOI-VO zählen.

²⁵⁰ § 2 Abs. 2 Nr. 21 MStV.

²⁵¹ Vgl. Präambel und §§ 91-96 MStV; *Liesem*, ZUM 2020, 377, 382.

²⁵² Kritisch *Dörr*, WRP 2021, 168, 170 f.

²⁵³ Vgl. oben II 3 b bb (3) sowie § 2 Abs. 2 Nr. 19 und 21 MStV.

²⁵⁴ Begründung MStV (Fn. 92), 12 f.

²⁵⁵ Begründung MStV (Fn. 92), 12 f.

103 Ob all diese Vorschriften nebeneinander anwendbar sind oder ob bei Überschneidungen einer Regelung als *lex specialis* der verdrängende Vorrang zukommt, hängt vom jeweiligen Regelungsgegenstand- und -zweck der Normen ab. Die Regelungen zu Video-Sharing-(Plattform)-Diensten sollen gem. § 97 S. 2 MStV parallel zu den §§ 91-96 MStV greifen, weil sie zwar z.T. dieselben Dienste betreffen, aber nicht dem Erhalt des Medien- und Meinungspluralismus dienen, sondern primär Mitwirkungspflichten beim Umgang mit als schädlich bewerteten Inhalten etablierten.²⁵⁶ Diskutiert wird die Konkurrenzfrage ferner im Verhältnis zur P2B-VO.²⁵⁷ In der Tat kann etwa der Newsfeed eines sozialen Netzwerks nicht nur als Medienintermediärs-, sondern auch als Vermittlungsdienst i.S.d. P2B-VO betrachtet werden, weil damit direkte Transaktionen zwischen Presseunternehmen und Verbrauchern ermöglicht werden, sei es in Gestalt eines Abonnements oder der Einwilligung in die Nutzung personenbezogener Daten als „Entgelt“ für den Zugang zum werbefinanzierten Inhalt.²⁵⁸ Deutlicher noch als im Verhältnis zwischen §§ 91-96 MStV und Art. 28b AVMD-RL überlappen sich hier auch die substantiellen Regelungen, etwa im Hinblick auf die Transparenz von Algorithmen und die Zulässigkeit von Diskriminierungen.²⁵⁹ Retten lassen sich die abweichenden und teils strengeren Vorgaben des Medienstaatsvertrags für Medienintermediäre nur mit dem Argument, dass die Förderung kommunikativer Chancengleichheit von Medienanbietern ein Aspekt ist, der in der rein wirtschaftlich ausgerichteten P2B-VO nicht geregelt ist.²⁶⁰

III. Zusammenfassung und Ausblick

104 Der Durchgang durch das unionale und deutsche Digitalrecht hat eine Vielzahl von Dienstekategorien und -begriffen zu Tage gefördert, die in folgende Gesamtsystematik gebracht wurden:

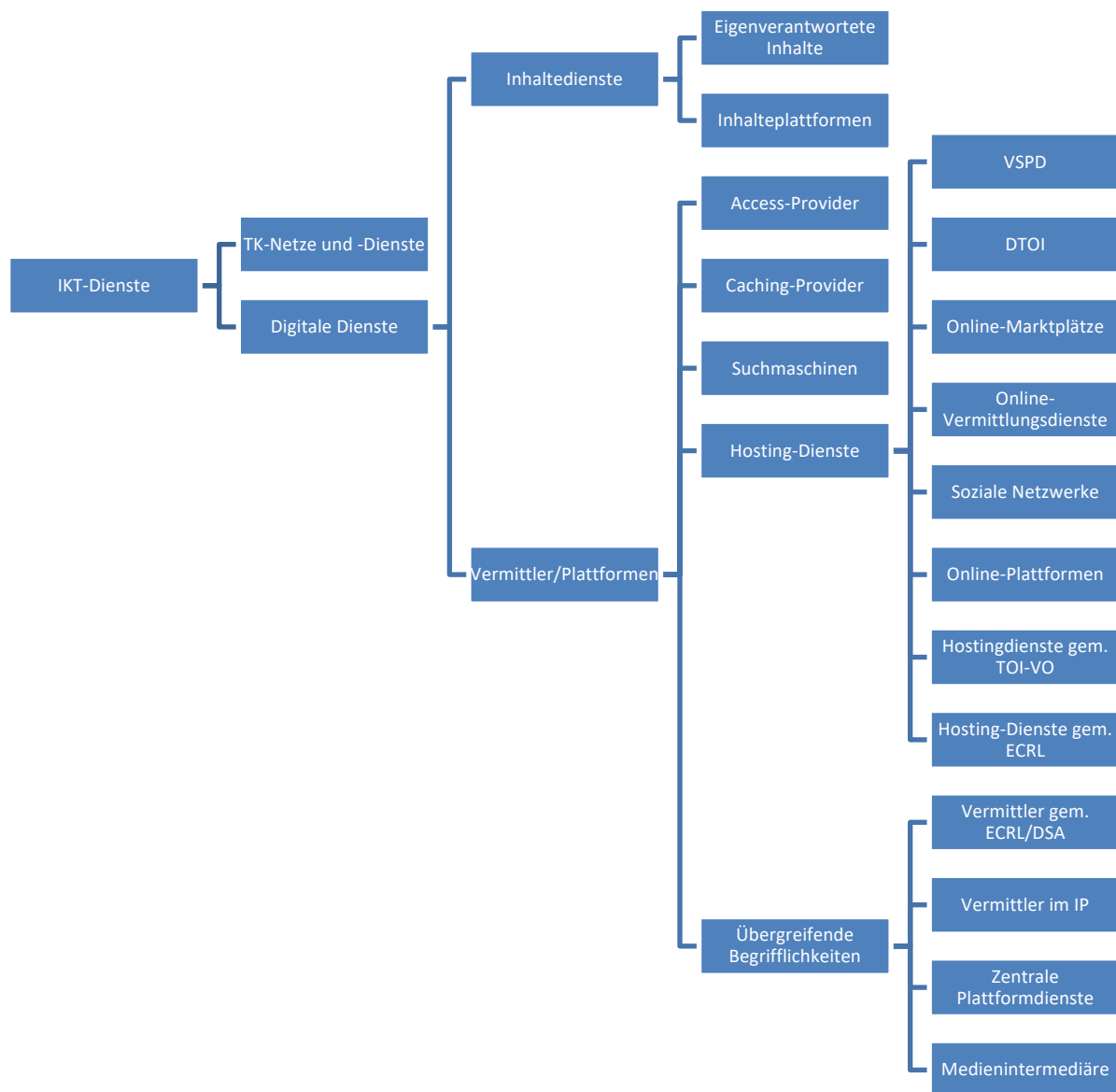
²⁵⁶ Begründung MStV (Fn. 92), 53 f.

²⁵⁷ *Liesem*, ZUM 2020, 377, 382; *Pohle*, K&R 2021, 86-92.

²⁵⁸ Vgl. oben II 3 b cc (5)(d).

²⁵⁹ Vgl. *Pohle*, K&R 2021, 86 ff.

²⁶⁰ Art. 1 Abs. 4 S. 1 P2B-VO.



105 Bei allem Bemühen, etwas mehr Klarheit und Struktur in die überreiche Fülle von Dienstebegriffen zu bringen, offenbart die Grafik doch sogleich, dass das geltende Digitalrecht insoweit keiner kohärenten Systematik folgt. Deutlich wird das vor allem an der Kategorie der Vermittler bzw. Plattformen. Nicht nur, dass es hier zwei weithin synonyme Oberbegriffe gibt, die nebeneinander Verwendung finden. Zu vier eigenständigen Kategorien – von denen die Gruppe der Hosting-Dienste in nicht weniger als acht weitere Unterkategorien zerfällt – treten vier übergreifende Begrifflichkeiten, die jedoch jeweils andere und in keinem Fall alle Vermittler-/Plattformdienste umfassen (insbes. Suchmaschinen ja/nein; passive/aktive Dienste), mit der Folge, dass sie nicht als begriffliche Zwischenebene integriert werden können.

106 Hinzu kommen zahlreiche Überschneidungen. Internetzugangsdienste und nummernunabhängige interpersonelle Kommunikationsdienste (Messenger) werden sowohl als (Tele-)Kommunikationsdienste als auch als sonstige digitale Dienste reguliert, nämlich als „Vermittler“ i.S.d. ECRL, des DSA-Vorschlags und des IP-Rechts, als zentraler Plattformdienst und unter bestimmten Voraussetzungen sogar als soziales Netzwerk. Ebenfalls nicht ausnahmslos durchführen lässt sich die Unterscheidung zwischen Inheldiensten und Vermittlern/Plattformen, nämlich im Fall des Betriebssystems, das einerseits einen selbst verantworteten Inhalt des Anbieters darstellt, andererseits im DMA-V zu den zentralen Plattformdiensten gezählt wird.²⁶¹

107 Weitere Überlappungen gibt es zwischen den vier übergreifenden Begrifflichkeiten Vermittler gem. ECRL/DSA, Vermittler im IP-Recht, zentraler Plattformdienst und Medienintermediär sowie zwischen den acht Host-Provider-Kategorien. Hierdurch ergeben sich zum Teil Taxonomien, zum Teil lassen sich aber auch nur überschneidende Kreise konstatieren. So sind alle VSPD und DTOI zugleich soziale Netzwerke, alle sozialen Netzwerke sind Online-Plattformen und alle Online-Plattformen sind Hostingdienste gem. TOI-VO. Demgegenüber sind nicht alle VSPD zugleich DTOI und umgekehrt.²⁶² Auch ist der Kreis der Hosting-Dienste, die unter die TOI-VO und den Vermittlerbegriff im IP fallen, nicht deckungsgleich, sondern größer als der Kreis der Hosting-Dienste gem. ECRL. Denn die zuerst genannten Rechtsakte sollen ihrem Sinn und Zweck nach auch Diensteanbieter erfassen, die eine aktive Rolle bei der Speicherung und ggf. öffentlichen Verbreitung fremder illegaler Inhalte spielen, während die Haftungsprivilegien der ECRL nur neutral-passiven Vermittlern zugutekommen sollen.²⁶³ Diese grundlegende Differenzierung betrifft auch den DSA-Vorschlag, der zwar zwischen Haftungsprivilegierung (Kapitel II) und -begründung (Kapitel III) trennt, aber durchweg die Diensteterminologie der ECRL verwendet.²⁶⁴ Die einzigen Dienste, die sich nach alledem sowohl gesetzssystematisch als auch funktional eindeutig abgrenzen und klassifizieren ließen, sind nach alledem Inhalteplattformen und Suchmaschinen.

²⁶¹ Oben II 3 b cc (6)(c).

²⁶² Oben II 3 b cc (5)(a) und (b).

²⁶³ Oben II 3 b cc (5)(g) und (6)(b).

²⁶⁴ Oben II 3 b cc (6)(a).

- 108 Weitgehend dogmatisch konsistent gelöst wird immerhin die Frage, wie bei multifunktionalen Diensten zu verfahren ist. Sobald ein Dienst für sich betrachtet eine eigenständige, von anderen Angeboten trennbare Funktion aufweist, ist er gesondert zu klassifizieren. Für diese Klassifikation kommt es sodann auf den „Hauptzweck“ des Dienstes an. Beispielsweise ist eine Online-Zeitung ein vom Anbieter verantworteter Inhaberdienst, der Kommentarbereich hingegen ein Hosting-Dienst i.S.d. ECRL und auch des DSA-Vorschlags.²⁶⁵ Doch gibt es auch insofern eine Ausnahme, nämlich die Legaldefinition der Online-Plattform gem. Art. 2 Buchst. h DSA-E. Nach ihr genügt die funktionale Trennbarkeit etwa eines Kommentarbereichs nicht, wenn dieser trennbare Dienst eine unbedeutende und mit einem anderen Dienst verbundene reine Nebenfunktion erfüllt. Anwendbar sind dann nur die weniger strengen Compliance-Normen für Hosting-Dienste.²⁶⁶
- 109 Diese Marginalie spiegelt grundlegende Strukturen des Digitalrechts wider. Die Klassifikation von Diensten nach Maßgabe ihrer funktionalen Trennbarkeit ist nämlich Ausdruck der Zersplitterung des Rechts. Für jede Dienstekategorie gibt es gesonderte Regeln, die zur Anwendung kommen, sobald ein trennbarer Teil eines einheitlich präsentierten Dienstes die entsprechenden Voraussetzungen erfüllt. Anders ist dies nur beim Begriff der Online-Plattform gem. Art. 2 Buchst. h DSA-V, für den eine Schwerpunktbetrachtung multifunktionaler Dienste vorzunehmen ist. Hintergrund ist die Dienstetaxonomie des DSA-Vorschlags, die mit eskalierenden Sorgfaltspflichten verknüpft ist. Was in diesem geschlossenen System nicht als Online-Plattform qualifiziert werden kann, kann immer noch unter die allgemeineren Vorschriften für alle Vermittlungs- bzw. Hosting-Dienste fallen. Demgemäß unterliegt der Kommentarbereich einer Nachrichtenseite nicht den DSA-Vorschriften zu Online-Plattformen, wohl aber denen, die für alle Vermittlungs- und Hosting-Dienste gelten.
- 110 Am Beispiel des DSA-Vorschlags zeigt sich ferner, dass Dienstekategorien aus verschiedenen Perspektiven definiert und klassifiziert werden. Soweit es um die privatrechtliche Haftung für Rechtsverstöße geht, steht das faktische und rechtliche Können des Anbieters im Vordergrund.²⁶⁷ Je mehr Kontrolle man ausübt, desto mehr

²⁶⁵ Oben II 3 b bb und cc (5)(f).

²⁶⁶ Oben Fn. 167, 193.

²⁶⁷ Generell für eine tätigkeitsbezogene Begrifflichkeit *Bostoen* (Fn. 10); *Hofmann/Spocht-Riemenschneider*, ZGE/IPJ 13 (2021), 48, 54; *Busch, Dannemann/Schulte-Nölke*, MMR 2020, 667, 669.

Verantwortung wird zugeschrieben und desto strenger ist die Haftung. Die entsprechende Linie verläuft von Access- und Caching-Providern über Suchmaschinen, Hosting-Dienste bis hin zu Inhalteplattformen und schließlich vollständig selbst verantworteten Inheldiensten. In anderen Rechtsakten kommt es hingegen auf die Wirkungen eines Dienstes auf individuelle und öffentliche Interessen an. Dies gilt für die Figur der zentralen Plattformdienste im DMA-Vorschlag, für die medienrechtliche Unterscheidung zwischen wirkmächtigen Bewegtbildern einerseits und Audio-, Bild- und Textinhalten andererseits²⁶⁸ und nicht zuletzt für die eskalierenden Compliance-Normen gem. Kapitel III des DSA-Vorschlags. Denn reine Speicherdienste und öffentlich verbreitende Online-Plattformen verfügen rechtlich und tatsächlich über dieselbe Kontrolle im Hinblick auf die Inhalte ihrer Nutzer. Online-Plattformen treffen aber weitergehende Sorgfaltspflichten, weil sie aufgrund der öffentlichen Verbreitung der Inhalte eine größere Bedeutung für die öffentliche Debatte haben als Dienste, die sich auf das Speichern fremder Informationen beschränken.

- 111 Der schillernde Gesamteindruck ist Folge der organisch-kontingenten Entwicklung des Digitalrechts im europäischen Mehrebenensystem. In der Frühzeit dominierten dabei generische Dienstebegriffe, die von der Rechtsprechung entfaltet wurden (insbes. Vermittler gem. ECRL und im IP). Hinzu traten zahlreiche Sonderregelungen für bestimmte Digitaldienste und Inhalte, z.B. VSPD im Medienrecht, DTOI im Urheberrecht, Online-Marktplätze und -Vermittlungsdienste im Verbraucherschutz- und Wirtschaftsrecht sowie soziale Netzwerke im allgemeinen Kommunikationsrecht. Mit dem horizontal angelegten DSA-Vorschlag ist die Europäische Kommission zuletzt wieder zu allgemeinen Dienstekategorien zurückgekehrt.
- 112 Während all dieser Zeit wurde kein eingeführter Begriff aufgegeben oder modifiziert. Stattdessen lagerten sich mehrere Begriffsschichten neben- und übereinander ab. Dadurch vermehrten sich die Fälle von überlappenden Anwendungsbereichen und damit zugleich von problematischen Vorrangfragen, sei es innerhalb des unionalen oder deutschen Rechts oder zwischen beiden Regelungsebenen.²⁶⁹ Die

²⁶⁸ Zum Rundfunkbegriff vgl. BVerfG, Recht auf Vergessen I (Fn. 88), Rn. 95. Im Wettbewerbsrecht ist die Unterscheidung zwischen Transaktions- und Informations- bzw. Aufmerksamkeitsplattformen hingegen nicht bereits auf der Ebene des Vermittlerbegriffs von Belang; siehe oben II 3 b cc (6)(c) sowie *Schweitzer/Haucap/Kerber/Welker* (Fn. 231), 96.

²⁶⁹ Oben I.

Subsumtionsarbeit in solchen Fällen profitiert von einer rechtsaktsübergreifenden Argumentation, die redundante wie abweichende Begrifflichkeiten mit einbezieht. Das konnte beispielsweise für die Frage gezeigt werden, ob und inwieweit Facebook als Online-Marktplatz bzw. -Vermittlungsdienst zu gelten hat, oder doch (nur) als soziales Netzwerk.²⁷⁰

113 Die weitere begriffliche und systematische Entwicklung der europäischen Digitalrechtssetzung und -dogmatik ist durch das geltende Recht weitgehend vorbestimmt. Lediglich punktuell erscheinen Begriffsschärfungen realisierbar. Das gilt vor allem für die Oberbegriffe Vermittler bzw. Plattform, die gegenwärtig parallel und ohne klare Abgrenzung verwendet werden.²⁷¹ Künftig sollte der Vermittlerbegriff seinem allgemeinen Bedeutungsgehalt und der ECRL entsprechend nur solche Access-, Caching- und Hosting-Dienste bezeichnen, die passiv-neutral und deshalb haftungsprivilegiert sind, während sich der Plattformbegriff für Haftungsgrundlagen eignet, die auch auf Anbieter anwendbar sind, die eine aktive Rolle einnehmen. Eine solche Sprachkonvention würde zugleich eine Reform der ohnehin zu weit gespannten Begrifflichkeiten des Online-Vermittlungsdienstes gem. P2B-VO und der Online-Plattform gem. DSA-V bedingen, mit denen jeweils nur ganz bestimmte Hosting-Dienste gemeint sind. Als Alternativen hierzu bieten sich der Online-Marktplatz²⁷² bzw. die Verbreitungsplattform (*dissemination plattform*) an.²⁷³

²⁷⁰ Oben II 3 b cc (5)(c), (d) und (e).

²⁷¹ Oben II 3 b cc (1).

²⁷² Dazu oben II 3 b cc (5)(c).

²⁷³ Vgl. Art. 2 Buchst. i DSA-V.