

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 4/2022

Modi der Plattformregulierung in den Bereichen Urheberrecht, Hassrede und Desinformation

*Alexander Peukert**

Erscheint in: Rainer Hofmann/Stefan Kadelbach (Hrsg.), Digitalisierung in der Europäischen Union

Zitiervorschlag: Peukert, Modi der Plattformregulierung in den Bereichen Urheberrecht, Hassrede und Desinformation, Arbeitspapier des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Goethe-Universität Frankfurt/M. Nr. 4/2022, Rn.

Zusammenfassung: Der Beitrag stellt dar, wie Online-Plattformen in den Bereichen Urheberrecht, Hassrede und Desinformation in der EU reguliert wurden. Die Analyse ergibt einen Regulierungskreislauf, der in vier Phasen abließ. Bis zum Jahrtausendwechsel war es die Legislative, die einen allgemeinen gesetzlichen Rahmen für die Online-Kommunikation in Gestalt von Äußerungsverboten und Haftungsprivilegierungen definierte. Dieser Rahmen wurde im folgenden Jahrzehnt von den Betreibern der neu entstehenden Plattformen unter Ausnutzung ihres privatautonomen Gestaltungsspielraums implementiert. In der dritten Phase ab ca. 2010 verschärften die Judikative und die Exekutive die sich aus dem allgemeinen gesetzlichen Rahmen ergebenden Mindestanforderungen an die Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen, Hassrede und Desinformation. In der vorläufig letzten Phase des Regulierungskreislaufs ab 2017/2018 ergriff wieder der Gesetzgeber die Initiative, indem die Standards, die in den Phasen zwei und drei entwickelt worden waren, kodifiziert und teilweise nochmals angehoben wurden. Damit ist der Kreislauf der unionalen Plattformregulierung allerdings nicht zu seinem Ende gekommen. Vielmehr ist bereits erkennbar, dass sich nun wieder eine eher experimentell-tastende Phase privatautonomer Implementierung und ko-regulativer Fortentwicklung des neuen gesetzlichen Rahmens anschließt. Der Beitrag schließt mit einer kurzen Bewertung dieser Entwicklung hin zu mehr hoheitlicher Kommunikationskontrolle.

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

I. Einleitung

- 1 Dass die Digitalisierung und das Internet weitreichende Auswirkungen auf alle Bereiche der Gesellschaft und das Leben des Einzelnen haben, darf heute als triviale Einsicht gelten.¹ Keineswegs trivial ist es allerdings, die Charakteristika dieses Umbruchs herauszupräparieren und seine weiteren Implikationen namentlich für das Recht zu bestimmen. Führt man sich vor Augen, dass der Buchdruck seine disruptiven Effekte auf die Gesellschaft und ihr Recht erst nach ca. 200 Jahren voll entfaltetete und damit die rechtstheoretische Forschung bis heute beschäftigt,² so wird deutlich, dass wir erst ganz am Anfang der Entschlüsselung der sich seit gerade einmal drei Jahrzehnten vollziehenden Transformation durch globale Computernetzwerke stehen.³
- 2 Mit Blick auf das Recht im digitalen Zeitalter wird einerseits betont, dass analoges Recht fortgilt und häufig auf digitale Sachverhalte anwendbar ist.⁴ Diese Feststellung betrifft insbesondere die materiellrechtliche Trennlinie zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Verhaltensweisen. Insoweit gilt im Allgemeinen, dass online verboten ist, was auch offline verboten ist.⁵ Andererseits ist weithin anerkannt, dass sich das

¹ Vgl. ErwGrd. 1 Richtlinie 2018/1808 v. 14.11.2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste) im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. L 303, 28.11.2018, S. 69 (im Folgenden: AVMD-ÄRL); ErwGrd. 3 Richtlinie 2019/790 v. 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG, ABl. L 130, 17.5.2019, S. 92 (im Folgenden: DSM-RL); ErwGrd. 1 Verordnung 2022/2065 v. 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277 v. 27.10.2022, S. 1 (im Folgenden: DSA); ferner zB *Eifert*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz und Plattformregulierung, in: *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 9 (10 ff.); *Vesting/Campos*, Content Curation – Medienregulierung für das 21. Jahrhundert, *KritV* 105 (2022), 3 (4); *Hoffmann-Riem*, Recht im Sog der digitalen Transformation, 2022, S. 1 ff.; zum Urheberrecht *Peukert*, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 19. A. 2023, § 43 Rn. 1 ff.

² *Luhmann*, Die Wissenschaft der Gesellschaft, 1990, S. 600; zum Einfluss des Buchdrucks auf das moderne Recht vgl. auch *Hildebrandt*, Smart Technologies and the End(s) of Law, 2015, S. 159 ff.; *Vesting*, Die Medien des Rechts: Buchdruck, 2013.

³ Einen Überblick über die Geschichte des Internetrechts bieten *Rustad/D'Angelo*, The Path of Internet Law: An Annotated Guide to Legal Landmarks, *Duke L. & Tech. Rev.*, 30.11.2011, 3 ff.; ferner *Castells*, The Rise of the Network Society, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, 1996.

⁴ *Easterbrook*, Cyberspace and the Law of the Horse, 1996 *U. Chi. Legal F.* 207; *Kettemann/Peukert*, Conclusion. The Law of Global Digitality: Findings and Future Research, in: *Kettemann/Peukert/Spiecker* gen. *Döhm* (Hrsg.), *The Law of Global Digitality*, 2022, S. 250 ff.

⁵ Vgl. ErwGrd. 12 und Art. 3 Buchst. h DSA („rechtswidrige Inhalte“ alle Informationen, die als solche oder durch ihre Bezugnahme auf eine Tätigkeit, einschließlich des Verkaufs von Produkten oder der Erbringung von Dienstleistungen, nicht im Einklang mit dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats stehen, ungeachtet des genauen Gegenstands oder der Art der betreffenden Rechtsvorschriften“).

Recht unter dem Einfluss der Digitalisierung ändert, und zwar durchaus auch in seinen Grundstrukturen und Funktionsweisen.⁶ Diese Beobachtung stützt sich zum einen auf die Regulierung qualitativ neuartiger Digitalphänomene wie eben Online-Plattformen und Suchmaschinen, zum anderen auf Veränderungen in der Art und Weise, wie das Recht mit solch reinen und hybrid analog-digitalen Sachverhalten umgeht.⁷ Ursache dieser Formveränderungen scheint vor allem das Skalenproblem der Digitalregulierung zu sein.⁸ Je mehr Kommunikationsvorgänge von der physisch-analogen in die virtuell-digitale Welt wandern, desto größer wird die Zahl der nachverfolgbaren und ggf. regulierungswürdigen Sachverhalte. Die Herausforderung für das Recht besteht unter diesen Umständen weniger in der Frage, ob eine online verfügbare Information als rechtmäßig oder rechtswidrig einzustufen ist, sondern vielmehr darin, wie auf millionenfache Rechtsverstöße zu reagieren ist.⁹

- 3 Mit diesen Modi digitalen Rechts befasst sich der folgende Beitrag. Er stellt dar, wie Online-Plattformen in den Bereichen Urheberrecht, Hassrede und Desinformation in der EU reguliert wurden.¹⁰ Unter Online-Plattformen werden im Einklang mit dem DSA Web 2.0-Hostingdienste verstanden, die im Auftrag ihrer Nutzer Informationen speichern und öffentlich verbreiten – man denke an Facebook, YouTube, Twitter,

⁶ Vgl. *Schiff Berman*, Introduction, in: ders. (Hrsg.), *Law and Society Approaches to Cyberspace*, 2007, S. xxiii; *Kettemann/Peukert* (Fn. 4), S. 250 ff.; *Vesting*, Gentleman, Manager, Homo Digitalis. Der Wandel der Rechtssubjektivität in der Moderne, 2021.

⁷ Vgl. *Kettemann/Peukert* (Fn. 4), S. 250 ff. Unter Regulierung wird hier und im Folgenden jede staatlich gewollte oder zumindest geduldete Beeinflussung gesellschaftlicher Prozesse verstanden, die im (zwangsweise mit hoheitlichen Mitteln durchsetzbaren) Recht ihr zentrales Medium und ihre Grenze findet; in diesem Sinne *Eifert*, § 19 Regulierungsstrategien, in: *Voßkuhle/Eifert/Möllers*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 3. Aufl. 2022, Rn. 5; weitergehend etwa *Bachmann*, Private Ordnung, 2006, S. 22 (Regel = jeder Sollenssatz); ferner *Hellgardt*, Regulierung und Privatrecht, 2016, S. 15 ff.

⁸ Vgl. *Post*, In Search of Jefferson's Moose, 2009, S. 60-89; *Hoffmann-Riem*, Regelungsstrukturen für öffentliche Kommunikation im Internet, AöR 137 (2012), 509 (530 f.).

⁹ *Riis/Schovsbo*, Towards a Legal Methodology of Digitalisation. The Example of Digital Copyright Law, in: *Kettemann/Peukert/Spiecker gen. Döhmann*, The Law of Global Digitality, 2022, S. 17 (35 ff.) (Bedeutungszuwachs des Verfahrensrechts); zu Fehlinformationen World Economic Forum, Top 10 trends of 2014: 10. The rapid spread of misinformation online, <http://reports.weforum.org/outlook-14/top-ten-trends-category-page/10-the-rapid-spread-of-misinformation-online/> („It's simply not possible to read the 1 billion tweets produced every two-and-a-half days. In order to properly understand this data, we need to make use of computer-assisted processing and combine this with human evaluation to put information into context.“).

¹⁰ Mit dieser Fragestellung zählt der Beitrag zur sog. Governance- oder Regelungswissenschaft. Vgl. dazu mit ähnlichen, allerdings oftmals stärker normativ gefärbten und andere Rechtsgebiete bzw. Regelungen betreffenden Fragestellungen *Möslein* (Hrsg.), *Regelsetzung im Privatrecht*, 2019; *Hermstrüwer/Lüdemann* (Hrsg.), *Der Schutz der Meinungsbildung im digitalen Zeitalter. Instrumente und Instrumentenvergleich*, 2021.

TikTok & Co.¹¹ Der thematische Fokus auf diese Dienste und die Sachmaterien Urheberrecht, Hassrede und Desinformation beruht – abgesehen von Kapazitäts- und Raumgründen – auf der Erwägung, dass Online-Plattformen eine zentrale Rolle in der gegenwärtigen digitalen Transformation spielen und die betrachteten Regulierungsfelder entweder früh und fundamental von der Digitalisierung betroffen waren (Urheberrecht)¹² oder besonders „heikle“ Fragen im Graubereich zwischen Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit aufwerfen.¹³ Nicht zuletzt bieten die einschlägigen Rechtsakte und sonstigen Regulierungsaktivitäten der EU, die mit selbstbewusstem Anspruch auf eine globale Vorreiterrolle energisch vorangetrieben werden, reichhaltiges Untersuchungsmaterial.¹⁴

II. Die vier Phasen des digitalen Regulierungskreislaufs

- 4 Die EU-Plattformregulierung in den genannten Bereichen hat vier Phasen durchlaufen, die einen Kreislauf bilden.

1. Gesetzlicher Rahmen

- 5 Den Ausgangspunkt bildete die klassisch-hoheitliche Regulierung in Gestalt allgemeiner Gesetze und subjektiver Rechte Dritter, denen die private und öffentliche Kommunikation stets unterlag.¹⁵ Für die hier interessierenden Bereiche waren dies die zivil- und strafrechtlichen Äußerungsdelikte sowie das allgemeine Urheberrecht. Diese Rechtsgrundlagen waren auf Uploads und Plattformnutzer-Posts auch ohne weitere gesetzgeberische Maßnahmen anwendbar. Wer zur Zeit des rasanten Aufstiegs des Internets zu einem Massenphänomen in den 1990er Jahren ohne Einwilligung des

¹¹ Vgl. Art. 3 Buchst. i, Buchst. g Ziff. iii DSA; ferner *Peukert*, IKT-Dienste im EU-Recht und im deutschen Recht – Bestandsaufnahme und Systematisierung, Arbeitspapier des Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt am Main, Nr. 1/2022.

¹² Zum Modellcharakter des digitalen Urheberrechts vgl. *Riis/Schovsbo* (Fn. 9), S. 17 ff.

¹³ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Verordnung über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG, 15.12.2020, COM(2020) 825, S. 10.

¹⁴ Vgl. *Sikela*, <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/10/04/dsa-council-gives-final-approval-to-the-protection-of-users-rights-online/> („The Digital Services Act ... has the potential to become the ‘gold standard’ for other regulators in the world. By setting new standards for a safer and more accountable online environment, the DSA marks the beginning of a new relationship between online platforms and users and regulators in the European Union and beyond.“); Europäische Kommission, Report on the functioning of the Memorandum of Understanding on the sale of counterfeit goods on the internet, 14.8.2020, SWD(2020) 166 final/2, S. 38 (das Memorandum „may prompt stakeholders not involved in the MoU to perform better in the fight against counterfeiting at national, EU and international level“).

¹⁵ *Hoffmann-Riem* (Fn. 8), S. 530; *Eifert* (Fn. 7), Rn. 23 ff.; Art. 5 Abs. 2 GG.

Rechtsinhabers urheberrechtlich geschützte Inhalte öffentlich zugänglich machte, andere beleidigte oder sonst strafbare Äußerungen online tätigte, verletzte zwingendes Recht.¹⁶ Aus materiellrechtlicher Sicht war das Internet also zu keinem Zeitpunkt ein rechtsfreier Raum.

- 6 Fraglich aber war, wie dieses zwingende Recht in Anbetracht massenhaft-anonymer Kommunikationsvorgänge durchgesetzt werden soll. Schnell wurde klar, dass die Lösung dieses Problems nur über die Intermediäre und insbesondere die Host-Provider führt.¹⁷ Die Gerichte auf beiden Seiten des Atlantiks zeigten sich auch durchaus bereit, dem Recht durch eine weitgehende indirekte Haftung der Betreiber von Vermittlungsdiensten zur Geltung zu verhelfen.¹⁸ Zur Ausbildung eines dichten, judikativen Haftungsregimes für Intermediäre kam es jedoch nicht, weil der US-amerikanische Gesetzgeber 1996 und 1998 intervenierte und im Interesse der Förderung gewerblicher Internetdienste Haftungsprivilegien kodifizierte.¹⁹ Dieser Schritt machte weltweit Schule. Das europäische Pendant sind die Art. 12-15 E-Commerce-Richtlinie 2000.²⁰
- 7 Damit war eine automatische Zurechnung illegaler Nutzerinhalte zu den Plattformbetreibern oder eine anderweitig begründete täterschaftliche Haftung der Vermittler zunächst vom Tisch. Solange Host-Provider keine tatsächliche Kenntnis von einer konkreten, rechtswidrigen Tätigkeit oder Information hatten, schied eine zivilrechtliche Haftung aus.²¹ Und auch nach einem hinreichend begründeten

¹⁶ Für das Urheberrecht BGH, GRUR 2003, 958 – Paperboy (Uploads im Internet auch vor Kodifikation des § 19a UrhG 2003 einwilligungsbedürftig); für das Persönlichkeitsrecht OLG Frankfurt, ECLI:DE:OLGHE:1997:0210.16W6.97.0A; für das Strafrecht AG München, MMR 1998, 429 ff. – Compuserve.

¹⁷ Vgl. *Vesting/Campos* (Fn. 1), S. 5 ff. m.w.N.

¹⁸ *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Services Co.*, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. 1995); AG München, MMR 1998, 429 ff. – Compuserve.

¹⁹ Vgl. 47 United States Code § 230(c)(1) („No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.“); 17 United States Code § 512 (limitations on copyright liability relating to material online).

²⁰ Richtlinie 2000/31/EG v. 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt, ABl. L 178 v. 17.7.2000, S. 1 (im Folgenden: E-Commerce-Richtlinie). Zur urheberrechtlichen Intermediärhaftung rechtsvergleichend *Edwards*, WIPO Report: Role and responsibility of internet intermediaries in the field of copyright and related rights, 2005, http://www.wipo.int/export/sites/www/copyright/en/doc/role_and_responsibility_of_the_internet_intermediaries_final.pdf, S. 7 f.; ferner *Frosio* (Hrsg.), Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, 2020.

²¹ Zur Möglichkeit mitgliedstaatlicher Entfernung- und Sperranordnungen auch ohne Rücksicht auf die Verantwortlichkeit des Host-Providers EuGH, (Glawischnig-Piesczek), C-18/18, EU:C:2019:821, Rn. 24 f.

Verletzungshinweis entstanden nur zumutbare, dienstespezifische Prüf- und Handlungspflichten. Klare Urheber- und sonstige IP-Verletzungen mussten unverzüglich beendet (takedown) und ihre Wiederholung verhindert werden (staydown);²² für Persönlichkeitsrechtsverletzungen etablierte die Rechtsprechung besondere Prüf- und Moderationspflichten, mit denen auf die schwierige Abgrenzung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz Rücksicht genommen wurde.²³

2. Privatautonome Implementierung durch Plattformen

- 8 Die Kombination aus materiellrechtlichen Kommunikationsverboten und Haftungsprivilegierungen bildete seit dem Jahrtausendwechsel den allgemeinen formalrechtlichen Rahmen, in dem sich die Entwicklung von Online-Plattformen vollzog. Da die zu beachtenden Regelungen allgemein gehalten waren, genossen die Plattformbetreiber relativ große Autonomie, um ihre Dienste auf der Basis von allgemeinen Geschäftsbedingungen und Software auszugestalten und fortzuentwickeln.²⁴ In den ersten beiden Jahrzehnten des 21. Jahrhunderts stellte diese Selbstregelung die praktisch wichtigste Quelle des Rechts der Online-Plattformen und zugleich die wichtigste Methode zur Durchsetzung des materiellen Rechts im Internet dar.²⁵
- 9 So haben zumindest alle großen Online-Plattformen und -Marktplätze sowie Suchmaschinen feste Prozeduren zur Meldung und Blockierung von Urheberrechts- und anderen IP-Verletzungen eingerichtet und in der Summe milliardenfach

²² Zum Recht des geistigen Eigentums vgl. EuGH, (L'Oréal SA u.a.), C-324/09, EU:C:2011:474, Rn. 106 ff. (Online-Marktplatz); EuGH, (YouTube und Cyando), C-682/18 und C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, Rn. 119 ff. (Online-Sharing-Plattformen); BGH, ZUM 2018, 123 Rn. 74 ff. – Vorschaubilder III (Suchmaschine).

²³ Siehe BGHZ 191, 219 – Blog-Eintrag; zum Lösungsanspruch nach DSGVO BGH, GRUR 2022, 1009 Rn. 9 ff. – Artikel in Magazin „M“.

²⁴ Lessig, Code and Other Laws of Cyberspace, 1999; Petersen/Riis, Private enforcement of IP law by internet service providers: notice and action procedures, in: Riis (Hrsg.), User Generated Law, 2016, S. 228 ff.; Sag, Internet Safe Harbors and the Transformation of Copyright Law, 93 Notre Dame L Rev 499, 542 (2017); Kosseff, The Twenty-six Words that Created the Internet, 2019. Zur hoheitlichen Regulierung als Rahmen der gesellschaftlichen Selbstregulierung Eifert (Fn. 7), Rn. 144, 150 (rechtliche Infrastruktur ohne konkreten Regelungszweck). Zum Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingung vgl. Art. 3 Buchst. u DSA („alle Klauseln, ungeachtet ihrer Bezeichnung oder Form, die die vertraglichen Beziehungen zwischen dem Anbieter von Vermittlungsdiensten und den Nutzern regeln“); zur Regulierung durch AGB allgemein Bachmann (Fn. 7), S. 119 ff.

²⁵ Kettemann/Peukert (Fn. 4), S. 250 ff. Zum Begriff der Selbstregelung im Unterschied zur regulierten Selbstregulierung/Ko-Regulierung Hoffmann-Riem (Fn. 1), S. 114 f.

exekutiert.²⁶ Zwar orientieren sich die Notice- und Takedown-Verfahren bei den US-amerikanischen Big Tech-Unternehmen stark am dortigen Digital Millennium Copyright Act aus dem Jahr 1998.²⁷ Die Bedeutung der Privatautonomie offenbart sich aber im Umstand, dass die jeweiligen IP-Regularien weltweit einheitlich angewendet werden, illegale Inhalte also in allen Ländern nach denselben Verfahren gelöscht werden.²⁸ Zudem haben die Dienstebetreiber ihre Spielräume genutzt, um die notwendige Moderationstätigkeit immer weiter zu automatisieren. Maßnahmen gegen Urheber- und Markenrechtsverletzungen werden inzwischen weit überwiegend, zum Teil zu fast 100 %, proaktiv automatisch durchgeführt, ohne dass es noch einzelner Verletzungsmeldungen bedarf.²⁹ Ein besonders eindrückliches Beispiel für die Bedeutung der Privatautonomie als Quelle des Plattformrechts bietet ferner das Urheberrechtsmanagementprogramm „Content ID“ von YouTube.³⁰ Entwickelt vor dem Hintergrund einer drohenden täterschaftlichen Haftung für Urheberrechtsverletzungen nach US-Recht,³¹ eröffnet es einer begrenzten Zahl von derzeit ca. 9.000 großen Rechtsinhabern die Möglichkeit, den YouTube-Algorithmus mit Referenzdateien zu bestücken, die sodann von den Inhalteerkennungs- und Filtertechnologien des Dienstes mit Nutzeruploads abgeglichen werden.³² Schlägt das System an, wird der Upload nach vorheriger Wahl des Rechtsinhabers vollautomatisch geblockt, beobachtet oder monetarisiert, also mit Werbung zugänglich gemacht, an deren Erlösen der Rechtsinhaber partizipiert. Nach Angaben von YouTube werden 98,97 % aller weltweiten Urheberrechtsansprüche über dieses System abgewickelt. Allein in der zweiten Jahreshälfte 2021 kam Content ID 759 Millionen Mal zum Einsatz, also knapp 50 Mal pro Sekunde. Mehr als 90 % der Rechtsinhaber entscheiden sich

²⁶ Vgl. *Kümmel*, Die Implementierung der Haftung von Host-Providern für Immaterialgüterrechtsverletzung, 2017 (Dokumentation der Takedown-Prozeduren von eBay, Amazon, Facebook und YouTube).

²⁷ YouTube Copyright Transparency Report H2 2021, <https://transparencyreport.google.com/report-downloads?hl=en>, S. 11.

²⁸ *Peukert*, Transnational Intellectual Property Governance on the Internet, in: Kettemann/Peukert/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), *The Law of Global Digitality*, 2022, S. 50 (62 f.) m.w.N.

²⁹ Vgl. z.B. <https://transparencyreport.google.com/copyright/overview>; <https://transparency.fb.com/data/intellectual-property/>.

³⁰ Zu Content ID vgl. *Bartholomew*, The Death of Fair Use in Cyberspace: YouTube and the Problem with Content ID, 13 *Duke L & Tech Rev* 66 (2013).

³¹ Vgl. *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2d Cir. 2012). Der Rechtsstreit wurde 2014 im Vergleichswege beigelegt, vgl. *Tate*, Youtube's ContentID Copyright Infringement Flagging System Using Its Corporate-Assuaging Origins in *Viacom v. Youtube As A Jumping-Off Point for the Way It's Been Used and Altered over the Years*, B.C. *Intell. Prop. & Tech. F.*, 6.2.2017, 1 (2).

³² Vgl. hierzu und zum Folgenden YouTube Copyright Transparency Report H2 2021 (Fn. 27).

für eine Monetarisierung nicht autorisierter Nutzeruploads. Auf dieser Grundlage sind bisher mehr als 7,5 Milliarden US-Dollar an die Rechtsinhaber geflossen. Durch eine intelligente Ausgestaltung der Plattform ist es YouTube also gelungen, ein schwer kalkulierbares Haftungsrisiko in eine Geldmaschine zu verwandeln, von der sowohl der Dienst als auch die Rechtsinhaber profitieren.

- 10 Auch Maßnahmen gegen Hassrede basierten über lange Zeit primär auf den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformen.³³ Facebook beispielsweise verbot seinen Nutzern bereits nach einjährigem Bestehen mit der dritten Version seiner „Terms of Service“ v. 30.6.2005, Inhalte zu posten, „that we deem to be harmful, threatening, abusive, harassing, vulgar, obscene, hateful, or racially, ethnically or otherwise objectionable“.³⁴ Die ersten „Community Guidelines“ v. 30.8.2007 führen Hassrede noch vor Gewaltdarstellungen und Pornographie als Äußerung auf, die Facebook nicht toleriert. Während Facebook dazu ermuntere, Ideen zu diskutieren, stelle es eine schwerwiegende Verletzung der AGB dar, „to single out individuals based on race, ethnicity, national origin, religion, sex, gender, sexual orientation, disability, or disease“.³⁵ Die Bedeutung der Plattform-AGB für die Hassrede-Regulierung dürfte vor allem auf zwei Gründe zurückzuführen sein. Erstens sind hasserfüllte Äußerungen in den USA kaum je und auch in Europa keineswegs stets strafbar oder auch nur zivilrechtlich wegen der Verletzung subjektiver Persönlichkeitsrechte verboten.³⁶ Ausdruckformen, die rassistischen, fremdenfeindlichen oder antisemitischen Hass artikulieren, fördern oder rechtfertigen, können daher häufig überhaupt nur auf privatautonom-vertraglicher Basis unterbunden werden. Zweitens haben Online-Plattformen wie Facebook nach zutreffender Einschätzung des BGH „ein geschäftliches Interesse daran, sowohl für ihre Nutzer als auch für ihre Werbekunden ein attraktives Kommunikations- und Werbeumfeld zu schaffen, um weiter Nutzerdaten erheben und Werbeplätze verkaufen

³³ Dazu auch *Cavaliere*, Digital platforms and the rise of global regulation of hate speech, 8 Cambridge International Law Journal 282 (2019).

³⁴ Facebook Terms of Service v. 30.6.2005, Platform Governance Archive, Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, <https://pga.hiig.de/explore>.

³⁵ Facebook Community Guidelines v. 30.8.2007, Platform Governance Archive, Alexander von Humboldt Institute for Internet and Society, <https://pga.hiig.de/explore>. Zum Umfang der weitgehend automatisierten Hassrede-Governance bei Facebook vgl. <https://transparency.fb.com/data/community-standards-enforcement/hate-speech/facebook/>.

³⁶ Vgl. *Valerius*, Hasskriminalität - Vergleichende Analyse unter Einschluss der deutschen Rechtslage, ZStW 2020, 666 ff.; *Roth*, Hasskriminalität – ein neues Konzept in der Strafverfolgungswirklichkeit, GSZ 2022, 123 ff. m.w.N.

zu können“.³⁷ Könne Facebook nicht in Ausübung seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit privatautonom für einen respektvollen Umgang auf der Plattform sorgen, bestünde nämlich die Gefahr, dass sich Nutzer und Werbepartner wegen eines verrohten Umgangs von der Kommunikationsplattform abwenden.³⁸ Maßnahmen gegen aggressive „Hassrede“ sind mithin Ausdruck wirtschaftlicher Interessen und Teil eines Geschäftsmodells, das den Schutz der unternehmerischen Handlungsfreiheit genießt.³⁹ Selbiges gilt für die Unterdrückung irreführender Äußerungen unter Einschluss nicht rechtswidriger „Desinformation“.⁴⁰

3. Verschärfung der Anforderungen durch Rechtsprechung und hybride Ko-Regulierung

- 11 Die ersten beiden Phasen der EU-Plattformregulierung sind aus rechtsquellentheoretischer Sicht eindeutig zu klassifizieren. Demnach bildete formelles Gesetzesrecht einen Rahmen, innerhalb dessen die Betreiber ihre Dienste auf vertraglicher Basis rechtswirksam privatautonom ausgestalteten. In der nunmehr zu betrachtenden dritten Phase dominierten hingegen Akteure und Handlungsformen, deren rechtsetzende Macht zweifelhaft erscheint. Konkret geht es um Verschärfungen des ursprünglichen Rechtsrahmens (allgemeine Gesetze + Haftungsprivilegien, s.o. I) durch gerichtliche Entscheidungen und um von der Exekutive initiierte Memoranda of Understanding (MoU) und Verhaltenskodizes. Urteile und hybride Ko-Regulierung haben gemeinsam, dass sie das Gesetz unberührt lassen und de iure nur zwischen den beteiligten Parteien wirken, zugleich aber faktische Wirkungen auf unbeteiligte Dritten entfalten können.⁴¹ Diese Eigenschaften begünstigen eine flexible Fortentwicklung praktisch wirksamer Regelungen ohne aufwändige Änderung der gesetzlichen Grundlagen. Gerichte bilden das Recht anhand von Einzelfällen tastend

³⁷ BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 73.

³⁸ BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 73.

³⁹ BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 78 f.

⁴⁰ Zu diesem jüngeren Phänomen sogleich III 2 b.

⁴¹ Zur Rechtsprechung statt aller *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1970, S. 184 ff.; zu Verhaltenskodizes *Rossi*, Soft Law im Europarecht, ZG 2020, 1, 8 f. m.w.N. Eine etablierte Terminologie für Regulierungsinstrumente wie Verhaltenskodizes gibt es nicht. Teilweise ist von „soft law“ die Rede (dazu zu Recht kritisch *Davarnejad*, Menschenrechtsverantwortung multinationaler Unternehmen und Corporate Social Responsibility (CSR), 2020, S. 265), teilweise von Selbstregulierung (so etwa *Bachmann* (Fn. 7), S. 33-35), teilweise von regulierter Selbstregulierung (so *Eifert* (Fn. 7), Rn. 14), teilweise und so auch hier von hybrider (Ko-)Regulierung (so *Hoffmann-Riem* (Fn. 1), S. 114 f.).

zu neuen Rechtsgrundsätzen fort; hoheitliche und private Akteure experimentieren in Memoranda und Kodizes mit neuen Verhaltensregeln.⁴²

a) Urheberrecht

- 12 Im Urheberrecht kamen in den 2010er Jahren beide Regulierungsstrategien zum Tragen. Ziel war es jeweils, Urheberrechtsverletzungen durch strengere Compliance-Pflichten für Online-Plattformen effektiver zu bekämpfen.
- 13 Für den Bereich physischer Pirateriewaren wie DVDs und CDs kam auf EU-Ebene 2011 ein „Memorandum of understanding on the sale of counterfeit goods on the internet“ zustande, das von großen Online-Marktplätzen (insbes. Amazon, eBay, Alibaba) und Rechtsinhabern (u.a. US Motion Picture Association) unterzeichnet wurde. Es verpflichtet die Betreiber der Online-Marktplätze zur Kooperation mit den Rechtsinhabern und zur Implementierung effektiver Notice-und-Takedown-Verfahren sowie zu präventiven Blockiermaßnahmen. Über die Wirksamkeit und etwaige Schwachstellen des Memorandums erstattet die Kommission nach Konsultation der beteiligten Unternehmen jährlich Bericht.⁴³ Bereits dieses enge Monitoring zeigt, dass das Memorandum zu Pirateriewaren nicht als eine rein private Selbstregulierung der Unterzeichner begriffen werden kann, die allenfalls aus wettbewerbsrechtlicher Sicht Bedenken weckt.⁴⁴ In der Tat hat die Kommission die beteiligten Unternehmen nicht nur zum Abschluss der Vereinbarung ermutigt, sondern das Zustandekommen und die weitere Stärkung des Memorandums im Interesse eines hohen Schutzniveaus für geistiges Eigentum aktiv gefördert.⁴⁵ Dies entspricht ihrem Selbstverständnis als

⁴² Vgl. *Bothe*, „Soft Law“ in den Europäischen Gemeinschaften?, in: FS Schlochauer, 1981, S. 761 (769 f.); *Rossi* (Fn. 41), S. 9; Europäische Kommission (Fn. 14), S. 38 („The MoU can be considered a ‘laboratory’.“).

⁴³ EU Memorandum of Understanding (MoU) on the sale of counterfeit goods on the internet, 21.6.2016, Ref Ares(2016)3934515-26/07/2016, https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/strategy/intellectual-property/enforcement-intellectual-property-rights/memorandum-understanding-sale-counterfeit-goods-internet_de.

⁴⁴ Vgl. zu dieser Perspektive etwa *Lettl*, Verhaltenskodizes als Chance für erfolgreiche Selbstregulierung und ihre Vereinbarkeit mit dem Kartellverbot, WRP 2021, 145 (149 ff.) m.w.N.

⁴⁵ Vgl. ErwGrd. 49 und Art. 16 E-Commercel-RL mit Europäische Kommission (Fn. 14), S. 4 („the Commission services facilitated the conclusion of a Memorandum of Understanding (MoU) on the sale of counterfeit goods on the internet in May 2011“); ferner *Tusikov*, Chokepoints: Global Private Regulation on the Internet, 2017; *Husovec*, Injunctions against intermediaries, 2017, S. 229 ff.; *Frosio*, Algorithmic Enforcement Online, in: Torremans (Hrsg.), Intellectual Property and Human Rights, 2020, S. 709 ff.

Governance-Labor, in dem neuartige Formen des hybriden Regierens jenseits formalrechtlicher Pflichten ausprobiert werden.⁴⁶

- 14 Für den Bereich rein digitaler Urheberrechtsverletzungen existieren zum einen zahlreiche, an Host-Provider, Suchmaschinen und Access-Provider gerichtete, mitgliedstaatliche Vereinbarungen und Kodizes.⁴⁷ Zum anderen kam es 2018 auf EU-Ebene zum Abschluss des „Memorandum of understanding on online advertising and IPR“, mit dem sich Unternehmen der Online-Werbebranche (insbes. Google) dazu verpflichteten, keine Werbung auf Piraterieseiten auszuspielen, auf dass den Piraten der Geldhahn abgedreht werde.⁴⁸ Im Übrigen sorgte der Unionsgerichtshof mit einer forschen Auslegung des allgemeinen Rechts der öffentlichen Wiedergabe gem. Art. 3 InfoSocRL 2001/29 für eine Verschärfung der Haftungsmaßstäbe.⁴⁹ Nach der jüngsten Entscheidung in Sachen YouTube und Cyando haftet zwar weiterhin grundsätzlich nur der hochladende Nutzer als Täter einer öffentlichen Wiedergabe. Trägt der Betreiber der Online-Plattform aber aktiv zu Rechtsverletzungen bei, wird auch er als (Neben-) Täter einer widerrechtlichen öffentlichen Wiedergabe betrachtet, mit allen zivilrechtlichen Konsequenzen, insbesondere einer Haftung auf Schadensersatz, und ohne Möglichkeit, sich auf die Haftungsprivilegierung des Art. 14 E-Commerce-RL zu berufen. Für den Tatbestand des aktiven Verletzungsbeitrags hat der Gerichtshof drei Fallgruppen herausgearbeitet. Demnach haftet ein Plattformbetreiber täterschaftlich, wenn er (1) rechtswidrige Inhalte trotz konkreter Kenntnis nicht unverzüglich löscht, (2) keine geeigneten technischen Maßnahmen ergreift, um allgemein bekannte Urheberrechtsverletzungen glaubwürdig und wirksam proaktiv zu bekämpfen, oder (3) sonst Rechtsverletzungen wissentlich und aktiv fördert, etwa durch Hinweise oder die

⁴⁶ Rossi (Fn. 41), S. 7. Zur hybriden (Ko-)Regulierung im Zusammenwirken hoheitlicher und privater Akteure Hoffmann-Riem (Fn. 1), S. 114.

⁴⁷ Vgl. hierzu Hugenholtz, Codes of Conduct and Copyright Enforcement in Cyberspace, in: Stamatoudi (Hrsg.), Copyright Enforcement and the Internet, 2010, S. 303 ff.; Hoeren/Westkamp, Study on voluntary collaboration practices in addressing online infringements of trade mark rights, design rights, copyright and rights related to copyright, 2016. Zur territorialen Reichweite dieser Kodizes Peukert (Fn. 28), S. 60 ff. m.w.N.

⁴⁸ Memorandum of understanding on online advertising and IPR v. 20.6.2018, <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/30226>; ferner https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/strategy/intellectual-property/enforcement-intellectual-property-rights/memorandum-understanding-online-advertising-and-ipr_en; Peukert (Fn. 28), S. 65-68 m.w.N.

⁴⁹ Richtlinie 2001/29/EG v. 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl. L 167 v. 22.6.2001, S. 10 (im Folgenden InfoSocRL); dazu Riis/Schovsbo (Fn. 9), S. 26 ff. m.w.N.;

Ausgestaltung des Geschäftsmodells.⁵⁰ Mit dieser Rechtsprechung hat der EuGH zwei kodifizierte Wörter (öffentliche Wiedergabe), zu deren Erlasszeitpunkt im Jahr 2001 Sharing-Plattformen wie YouTube noch gar nicht existierten, zur Quelle umfangreicher urheberrechtlicher Compliance-Pflichten fortgeschrieben.

b) Hassrede und Desinformation

- 15 Im Hinblick auf Hassrede und Desinformation mangelt es im Unionsrecht selbst an einer solch dünnen gesetzlichen Grundlage. Dementsprechend vollzog sich die Verschärfung der privatautonomen Plattformregime nicht über die Rechtsprechung, sondern über Verhaltenskodizes, die wiederum nicht als ganz und gar freiwillige Initiativen der Unterzeichner gelten können. Denn die Initiative zur Etablierung der heute bestehenden Hassrede- und Desinformationskodizes auf EU-Ebene ging von den Regierungen der Mitgliedstaaten bzw. der Kommission aus. Dass die unionale Plattformregulierung maßgeblich von der vollziehenden Staatsgewalt vorangetrieben wird, ist erneut ein Beleg für den Umstand, dass das Hauptproblem der Internetregulierung nicht im materiellen Recht, sondern in seiner Durchsetzung liegt.

aa) Hassrede

- 16 Die hybride Hassrederegulierung geht auf die europäische „Flüchtlingskrise“ im Herbst/Winter 2015 zurück. In Anbetracht einer „zunehmende[n] Verrohung der öffentlichen Debatte hin zu fremdenfeindlichen und rassistischen Hassbotschaften“ vereinbarte der damalige Bundesjustizminister Heiko Maas im September 2015 mit Facebook die Bildung einer Task Force von Internetanbietern und zivilgesellschaftlichen Organisationen, deren Auftrag es war, „Vorschläge für den nachhaltigen und effektiven Umgang mit Hassbotschaften im Internet und den Ausbau bestehender Kooperationen zu erarbeiten“.⁵¹ Das im Dezember 2015 vorgelegte Ergebnispapier der Task Force-Mitglieder (darunter auch Google/YouTube und Twitter) enthielt bereits zentrale Elemente des 2017 erlassenen NetzDG.⁵²

⁵⁰ EuGH, (YouTube und Cyando), C-682/18 und C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, Rn. 60 ff., 107 ff.; *Peukert* (Fn. 1), § 42 Rn. 64 ff.

⁵¹ BMJV, Gemeinsam gegen Hassbotschaften, 15.12.2015, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/Artikel/12152015_TaskForceErgebnispapier.html, S. 1.

⁵² Vgl. Bericht der Bundesregierung zur Evaluierung des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, 2020, S. 5 (das NetzDG löste die freiwillig eingegangenen Verpflichtungen ab).

Insbesondere verpflichteten sich die beteiligten Unternehmen, anwenderfreundliche Meldemechanismen einzurichten und die Mehrzahl rechtswidriger Inhalte innerhalb von 24 Stunden zu prüfen und zu löschen.⁵³ Bereits im Juni 2016 wurde dieser Standard auf Initiative der Kommission durch den „Verhaltenskodex für die Bekämpfung rechtswidriger Hassreden im Internet“ europäisiert.⁵⁴

- 17 Ähnlich wie die Memoranden zur Bekämpfung von IP-Rechtsverletzungen im Internet verpflichtet der Hassredekodex die teilnehmenden sozialen Netzwerke zur Kooperation mit anderen Akteuren der Zivilgesellschaft (dort Rechtsinhaber, hier vertrauenswürdige Hinweisgeber) und sieht ein ständiges Monitoring durch die Kommission auf der Basis verpflichtender Selbstberichte vor. Doch signalisiert bereits der terminologische Unterschied zwischen Kodex und Memorandum, dass wir es hier mit einem anders gearteten „soft“ law zu tun haben. Während es sich bei den IP-Memoranden zumindest formal um Selbstverpflichtungen der unterzeichnenden Unternehmen handelt,⁵⁵ heißt es im Hassredekodex, dass die „IT-Unternehmen mit der Europäischen Kommission einen Verhaltenskodex mit ... öffentlichen Verpflichtungen vereinbart“ haben.⁵⁶ Von privater Selbstregulierung im Schatten des Staates kann hier kaum noch die Rede sein. Vielmehr dokumentiert der Kodex aktiv-regulatorische, aber eben nicht formal-gesetzesförmige Maßnahmen der Kommission.⁵⁷

bb) Desinformation

- 18 Die Desinformationspolitik der EU lässt sich ebenfalls in das letzte Jahrzehnt zurückverfolgen. 2014 erklärte das Weltwirtschaftsforum die rasche Verbreitung von Falschinformationen im Internet unter Verweis auf Beispiele aus verschiedenen

⁵³ Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG), BT-Drucks. 18/12356, S. 1.

⁵⁴ Abrufbar unter https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-counteracting-illegal-hate-speech-online_en#theeucodeofconduct. Vgl. auch Empfehlung der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) des Europarats v. 8.12.2015, CRI(2016)15.

⁵⁵ Im MoU Counterfeiting (Fn. 43) wird die Kommission gar nicht erwähnt; im MoU Advertising (Fn. 48) nur als Empfänger verpflichtender Berichte, außerdem verpflichten sich die Unterzeichner in Ziff. 22 zur dauerhaften „Kooperation“ mit der Kommission.

⁵⁶ Verhaltenskodex Hassrede (Fn. 54), S. 2.

⁵⁷ Vgl. hierzu allgemein *Birnhack/Elkin-Koren*, The Invisible Handshake: The Reemergence of the State in the Digital Environment, 8 Va JL & Tech 1–2 (2003); *Kohl*, Jurisdiction and the Internet, 2007, S. 265–70; *Bloch-Wehba*, Global Platform Governance: Private Power in the Shadow of the State, 72 SMU L Rev 27 (2019).

Ländern zu einem der zehn wichtigsten Trends moderner Gesellschaften.⁵⁸ Nach der Wahl Donald Trumps und dem Brexit-Referendum 2016 rückte die Bedeutung manipulativer Falschmeldungen („fake news“) für die demokratische Willensbildung in das Zentrum der medialen und politischen Aufmerksamkeit.⁵⁹ Diese Debatten mündeten 2018 in mehrere Kommissionsmitteilungen sowie in den „Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation“.⁶⁰ Darin verpflichteten sich die großen Plattformbetreiber und Werbedienstleister (Facebook, Google, Twitter, später auch Microsoft und TikTok), angemessene Maßnahmen gegen Desinformation zu ergreifen, auch in Gestalt der hervorgehobenen Zugänglichkeit vertrauenswürdiger Inhalte.⁶¹ Der Begriff „Desinformation“ war nach dieser ersten Fassung des Kodexes noch begrenzt auf die Verbreitung „nachweislich falsche[r] oder irreführende[r] Informationen, die mit dem Ziel des wirtschaftlichen Gewinns oder der vorsätzlichen Täuschung der Öffentlichkeit ... verbreitet werden und öffentlichen Schaden anrichten können“.⁶²

- 19 Nachdem die COVID-19-Pandemie („Infodemie“) für eine Art Stresstest des Desinformationskodexes gesorgt⁶³ und der Ukraine-Krieg die Gefahren von Desinformationskampagnen nochmals veranschaulicht hatte, kam im Juni 2022 ein neuer, verstärkter Desinformationskodex zustande.⁶⁴ Dieser weitet sowohl den Kreis

⁵⁸ World Economic Forum (Fn. 9), zitiert von Europäische Kommission, Mitteilung: Bekämpfung von Desinformation im Internet: ein europäisches Konzept, COM(2018) 236, S. 2.

⁵⁹ Vgl. <https://www.nytimes.com/2017/01/10/us/politics/obama-farewell-address-speech.html>; <https://www.independent.co.uk/news/uk/home-news/fake-news-word-of-the-year-2017-collins-dictionary-donald-trump-kellyanne-conway-antifa-corbynmania-a8032751.html>; RegE NetzDG (Fn. 53), S. 1.

⁶⁰ Europäische Kommission (Fn. 58), S. 3 m.w.N.; Europäische Kommission, Mitteilung: Aktionsplan gegen Desinformation, JOIN/2018/36; der Desinformationskodex 2018 ist abrufbar unter <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2018-code-practice-disinformation>; zum Kodex auch *Mafi-Gudarzi*, Desinformation: Herausforderung für die wehrhafte Demokratie, ZRP 2019, 65. Siehe ferner Europäische Kommission, Europäische Erklärung zu den digitalen Rechten und Grundsätzen für die digitale Dekade, COM(2022) 28 (Schaffung eines Online-Umfelds, „in dem die Menschen vor Desinformation und anderen Formen schädlicher Inhalte geschützt sind“).

⁶¹ Ziff. (ix) Desinformationskodex 2018 (Fn. 60).

⁶² Präambel Desinformationskodex 2018 (Fn. 60); Europäische Kommission (Fn. 58), S. 4; Europäische Kommission, Mitteilung, Leitlinien der Europäischen Kommission für die Stärkung des Verhaltenskodex zur Bekämpfung von Desinformation, COM(2021) 262, S. 6 mit Fn. 19; ferner *De Cock Buning*, A multi-dimensional approach to disinformation, 2018, S. 10; *Ingold*, Desinformationsrecht, 2011, S. 26 f.; zur Legalität von Lügen und Desinformation *Denga*, Plattformregulierung durch europäische Werte – Zur Bindung von Meinungsplattformen an EU-Grundrechte, EuR 2021, 569 (573); *Ferreau*, Desinformation als Herausforderung für die Medienregulierung, AfP 2021, 204 (206 ff.).

⁶³ Europäische Kommission (Fn. 62), S. 4. Zum verstärkten Monitoring von Maßnahmen gegen COVID-19-Desinformation vgl. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/covid-19-disinformation-monitoring>.

⁶⁴ The Strengthened Code of Practice on Disinformation 2022 (im Folgenden: Desinformationskodex 2022), <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/2022-strengthened-code-practice-disinformation>;

der Unterzeichner (auch zivilgesellschaftliche Organisationen wie Faktenchecker), die Pflichten der Plattformbetreiber und Werbedienstleister (44 Verpflichtungen zu 128 spezifischen Maßnahmen) und nicht zuletzt den Kreis der zu bekämpfenden Äußerungen erheblich aus. Denn der Kodex basiert auf einer neuen, deutlich erweiterten Definition von „Desinformation“. Hiervon umfasst sind fortan nicht mehr nur vorsätzlich in Schädigungsabsicht getätigte Falschaussagen und Irreführungen, sondern auch fahrlässig oder sogar gutgläubig getätigte „Fehlinformationen“ („misinformation“), koordinierte Täuschungskampagnen in- und ausländischer Akteure sowie sonstige Einmischungen aus dem Ausland, die darauf abzielen, die freie Meinungsbildung in der Union zu stören.⁶⁵

20 Anders als beim Hassredekodex hat die Kommission die beiden Desinformationskodizes nicht mit unterzeichnet. Formal handelt es sich also um Selbstverpflichtungen von Unternehmen und anderen Akteuren der Zivilgesellschaft. Und doch wäre es verfehlt, die Aktivitäten der Kommission bzw. der Mitgliedstaaten als bloße Ermutigung oder nachdrückliche Aufforderung zur Selbstregulierung zu deuten.⁶⁶ Denn die informellen Verhandlungen über den verstärkten Desinformationskodex fanden unter dem Eindruck des zeitgleich ablaufenden Gesetzgebungsverfahrens zum DSA statt, der dezidiert ko-regulative Elemente aufweist.⁶⁷ Die Kommission betonte, der verstärkte Desinformationskodex biete den beteiligten Kreisen „frühzeitig die Möglichkeit, geeignete Maßnahmen im Hinblick auf die Annahme des vorgeschlagenen Gesetzes über digitale Dienste zu entwickeln“.⁶⁸

Kuhlmann/Trute, Die Regulierung von Desinformationen und rechtswidrigen Inhalten nach dem neuen Digital Services Act, GSZ 2022, 115 (121).

⁶⁵ Vgl. Ziff. I (Präambel) (a) mit Fn. 7-10 Desinformationkodex 2022 (Fn. 64) unter Verweis auf Europäische Kommission, Europäischer Aktionsplan für Demokratie, COM(2020) 790, Ziff. 4, der wiederum verweist auf *Pamment*, The EU's role in fighting disinformation: Taking back the initiative, Carnegie Endowment for International Peace Working Paper, Juli 2020, <https://carnegieendowment.org/2020/07/15/eu-s-role-in-fighting-disinformation-taking-back-initiative-pub-82286>.

⁶⁶ In diesem Sinne aber Fn. 3 Desinformationskodex 2022 (Fn. 64), unter Verweis auf Art. 16 E-Commerce-RL („Die Mitgliedstaaten und die Kommission ermutigen a) die Handels-, Berufs- und Verbraucherverbände und -organisationen, auf Gemeinschaftsebene Verhaltenskodizes aufzustellen, die zur sachgemäßen Anwendung der Artikel 5 bis 15 beitragen;“). Die Vorschrift passt auf den Desinformationskodex 2022 schon deshalb nicht, weil sich überwiegend Einzelunternehmen verpflichtet haben; Europäische Kommission (Fn. 60), S. 9-11 (Mobilisierung des Privatsektors).

⁶⁷ Unten IV 2.

⁶⁸ Europäische Kommission (Fn. 62), S. 2 f. Vgl. auch Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Fraktion der CDU/CSU – Drucksache 20/1945 – Digital Services Act, BT-Drucks. 20/2308, S. 5 f. („Auf Grundlage des DSA wird zudem der bisher selbst-regulatorische „Verhaltenskodex für Desinformation“ zu einem stärkeren ko-regulatorischen EU-Instrument aufrücken.“); *Kuhlmann/Trute* (Fn. 64), S. 119 f.

Der schließlich ausgehandelte Kodex verweist sogar ausdrücklich auf den zu diesem Zeitpunkt noch nicht endgültig erlassenen DSA, den der Kodex flankierend ergänze und in dessen Compliance-Regime er sich eingliedere.⁶⁹ Der Desinformationskodex 2022 wird vor diesem Hintergrund zutreffend als kooperativer Mechanismus qualifiziert, bei dem die Kommission nicht nur über die Einhaltung der Selbstverpflichtungen wacht, sondern auch die Initiative ergreifen kann, wenn weitere Maßnahmen erforderlich erscheinen.⁷⁰

- 21 In Anbetracht der Compliance-Kosten, die die Hassrede- und Desinformationskodizes erzeugen, muss es erstaunen, wie zügig und geräuschlos ihre Vereinbarung jeweils vonstättenging und wie viele Unternehmen mit ihrer Unterschrift anerkennen, dass sie eine gewissermaßen öffentliche Verantwortung für das gesellschaftliche Debattenklima haben, auch jenseits zwingenden Gesetzesrechts.⁷¹ Erklären lassen sich diese Phänomene mit dem bereits erwähnten Umstand, dass es im wohlverstandenen Eigeninteresse der Plattformen ist, für eine „sichere“ und nicht zu konfliktbeladene Kommunikationsumgebung zu sorgen, in der sich gut konsumieren lässt.⁷² Ein kooperativer, serieller Regulierungsmodus erlaubt es den Unternehmen zudem, staatliche Moderationsvorgaben so zu beeinflussen, dass sie praktisch umsetzbar, d.h. automatisierbar sind. Auf diesem Wege lässt sich beispielsweise das Hassredeproblem so reduzieren, dass nur noch relativ wenige Fälle einer aufwändigen menschlichen Überprüfung zugeführt werden müssen.⁷³

4. Kodifikation verschärfter Regelungsstandards

- 22 In der vierten und (vorläufig) letzten Phase des digitalen Regulierungskreislaufs wurden die Standards, die in den Plattform-AGB, in der Rechtsprechung des EuGH und in Verhaltenskodizes niedergelegt waren, in formelle Gesetze gegossen. Das Recht der Online-Plattformen entwickelte sich also nur für die Dauer von zwei

⁶⁹ Vgl. Ziff. I (Präambel) Buchst. (h)-(j) Desinformationskodex 2022 (Fn. 64).

⁷⁰ *Kuhlmann/Trute* (Fn. 64), S. 122.

⁷¹ Vgl. BMJV (Fn. 51), S. 1 („Die in der Task Force Mitwirkenden werden gemeinsam von der Überzeugung geleitet, dass Hassbotschaften in sozialen Medien keinen Platz haben.“); Ziff. I (Präambel) Buchst. a Desinformationskodex 2022 (Fn. 64) („Signatories ... recognise their role in contributing to the fight against Disinformation“).

⁷² Oben II.

⁷³ Vgl. 6th evaluation of the Code of Conduct, 7.10.2021, https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/combating-discrimination/racism-and-xenophobia/eu-code-conduct-countering-illegal-hate-speech-online_de (alle am Hassrededkodex teilnehmenden IT-Unternehmen erhielten insgesamt 4.543 Meldungen nach den Regeln des Kodexes).

Jahrzehnten im zunehmend dichter werdenden Schatten des Staates. Ab 2017 übernahm der Gesetzgeber wieder die Initiative. Die einschlägigen Legislativakte betreffen dabei wiederum weniger die materiellrechtliche Unterscheidung zwischen legalen und illegalen Verhaltensweisen, sondern die immer genauere und effizientere Abbildung dieser Unterscheidung im digitalen Raum.⁷⁴ Das Mittel zur Erreichung dieses Ziels sind gesetzliche Compliance-Pflichten zum Umgang mit rechtswidrigen und sonst schädlichen Informationen.⁷⁵

a) Urheberrecht

- 23 Im Urheberrecht drängten Rechtsinhaber den Unionsgesetzgeber zur Klärung der bis heute nicht abschließend gerichtlich geklärten Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Betreiber von Online-Plattformen (neben-)täterschaftlich für rechtswidrige Uploads von Nutzern haften.⁷⁶ Hauptargument dieser Lobbyingbemühungen war das sog. „value gap“. Es besagt im Kern, dass Sharing-Dienste wie YouTube unter Berufung auf ihre ungeklärte Haftung entweder gar nicht bereit sind, Lizenzverträge abzuschließen, oder wenn, dann nur zu geringeren Lizenzsätzen als zweifellos lizenzbedürftige Streamingdienste wie Spotify, obwohl beide Dienste einen ähnlichen Werkgenuss ermöglichen.⁷⁷ Zur Schließung dieser Wertschöpfungslücke und zur Förderung eines Marktes für die Vergabe „fairer Lizenzen“ erließ der Unionsgesetzgeber im April 2019 schließlich einen Artikel, dessen zehn Absätze nebst dazugehöriger elf Erwägungsgründe ca. 10 Druckseiten in Anspruch nehmen: Art. 17 DSM-RL.⁷⁸

⁷⁴ Materiellrechtliche Verschärfungen aber gab es im Strafrecht; vgl. Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität v. 30.3.2021, BGBl. I 2021, 441; Art. 4 Aches Gesetz zur Änderung des Bundeszentralregistergesetzes v. 20.10.2022, BGBl. I 2022, **XX** (neuer § 130 Abs. 5 StGB); Europäische Kommission, Mitteilung, Ein inklusiveres und besser schützendes Europa: Erweiterung der Liste der EU-Straftatbestände um Hetze und Hasskriminalität, COM(2021) 777.

⁷⁵ Ein paralleles Regelungskonzept verfolgen das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz (LkSG) sowie der parallele Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Richtlinie über die Sorgfaltspflichten von Unternehmen im Hinblick auf Nachhaltigkeit und zur Änderung der Richtlinie 2019/1937 v. 23.2.2022, COM(2022) 71, 2022/0051(COD).

⁷⁶ Oben I und BGH, GRUR 2022, 1308 – YouTube II.

⁷⁷ ErwGrd. 61 DSM-RL 2019/790; EuGH, (Polen/Rat und Kommission), C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 29.

⁷⁸ Umgesetzt in Deutschland im Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz - UrhDaG) v. 31.5.2021, BGBl. I S. 1204, 1215; dazu und zum Folgenden *Peukert* (Fn. 1), § 43; EuGH, (Polen/Rat und Kommission), C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 30 ff.

- 24 Einerseits statuiert diese Vorschrift für einen bestimmten, relativ eng definierten Kreis von Plattformbetreibern – sog. Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten (DTOI), die mit Streamingdiensten wie Spotify um dieselben Zielgruppen konkurrieren – neuartige und spezielle Haftungsregeln, die das allgemeine Urheber- und Haftungsrecht verdrängen und dessen bisherige Prinzipien umkehren.⁷⁹ Während nämlich Sharing-Dienste sowohl nach der deutschen Störerhaftungsdoktrin als auch nach dem 2021 ergangenen EuGH-Urteil in Sachen YouTube und Cyando grundsätzlich nicht täterschaftlich hafteten, gilt nach Art. 17 DSM-RL das genaue Gegenteil. Den von der Vorschrift erfassten Diensteanbietern wie z.B. YouTube und TikTok werden die Uploads ihrer Nutzer nunmehr grundsätzlich als eigene öffentliche Wiedergabe täterschaftlich zugerechnet, es sei denn, sie können nachweisen, dass sie gewisse Enthaltungsvoraussetzungen erfüllen. Hierzu zählt nunmehr zuvorderst die neuartige Pflicht, alle Anstrengungen zu unternehmen, von konkret oder allseits bekannten, großen Rechtsinhabern wie der GEMA eine entgeltliche Erlaubnis zur öffentlichen Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte einzuholen.⁸⁰
- 25 Andererseits greift Art. 17 DSM-RL mehrere regulatorische Elemente auf, die Online-Plattformen wie YouTube bereits aufgrund privatautonomer Entscheidungen implementiert hatten und die sich auch in der zur InfoSoc-Richtlinie aus 2001 ergangenen EuGH-Entscheidung YouTube und Cyando finden.⁸¹ Diese bloße Kodifikation etablierter Standards betrifft zunächst die politisch und rechtlich hoch umstrittene Pflicht zum Einsatz automatischer Inhalteerkennungs- und Filtersysteme zur präventiven Verhinderung etwaiger Rechtsverletzungen („notice and prevent“).⁸² Solche Uploadfilter sind insbesondere auf YouTube bereits seit Jahren im Einsatz, was zugleich erklärt, weshalb Art. 17 Abs. 4 Buchst. b DSM-RL die Plattformbetreiber insoweit zur Einhaltung „hoher branchenüblicher Standards“ verpflichtet.⁸³ Ebenfalls

⁷⁹ EuGH, (Polen/Rat und Kommission), C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 24; Europäische Kommission, Leitlinien zu Artikel 17 DSM-RL, COM(2021) 288 (lex specialis).

⁸⁰ Art. 17 Abs. 4 Buchst. a DSM-RL.

⁸¹ Vgl. allgemein Riis, User generated law: re-constructing intellectual property law in a knowledge society, in: Riis (Hrsg.), User Generated Law, 2016, S. 1 (2-3).

⁸² Vgl. Art. 17 Abs. 4 Buchst. b DSM-RL mit EuGH, (YouTube und Cyando), C-682/18 und C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, Rn. 102 (ein Plattformbetreiber, der weiß oder wissen müsste, dass über seine Plattform Rechtsverletzungen begangen werden, muss geeignete technische Maßnahmen ergreifen, die von einem die übliche Sorgfalt beachtenden Wirtschaftsteilnehmer in seiner Situation erwartet werden können, um Urheberrechtsverletzungen auf dieser Plattform glaubwürdig und wirksam zu bekämpfen).

⁸³ Zu Content ID oben II.

nicht neu ist die Pflicht, auf die Plattform gelangte, nicht lizenzierte Inhalte nach einem Verletzungshinweis unverzüglich zu entfernen und ihr Wiederauftauchen zu verhindern (takedown und staydown).⁸⁴ Schließlich hatten die meisten Plattformen bereits Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren implementiert, die nunmehr gesetzlich vorgeschrieben sind.⁸⁵ Vor diesem Hintergrund wird verständlich, warum Art. 17 Abs. 10 DSM-RL die Kommission zur Aufstellung einer Umsetzungsleitlinie anhält, für die wiederum vorbereitende Dialoge zwischen den beteiligten Kreisen über „bewährte Verfahren für die Zusammenarbeit“ zu veranstalten waren.⁸⁶

b) Hassrede und Desinformation

- 26 Die Bekämpfung rechtswidriger und sonst schädlicher Hassrede und Desinformation ist, was die Regulierungsinstrumente und -strategien anbetrifft, in ähnlichen Bahnen verlaufen. Das entscheidende Stichwort lautet auch hier: Rechtstreue (Compliance). Die einschlägigen Rechtsgrundlagen verpflichten Online-Plattformen zu bestimmten Moderationsmaßnahmen im Hinblick auf Hassrede und Desinformation. Anders als im rein privatrechtlich strukturierten unionalen Urheberrecht wird die Einhaltung dieser „Sorgfaltspflichten“ aber nicht über zivilrechtliche Ansprüche von Rechtsinhabern sanktioniert, die nachlässige Plattformbetreiber wegen nebetäterschaftlicher Rechtsverletzung auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch nehmen können. Vielmehr sind die auf Hassrede und Desinformation bezogenen Compliance-Regeln mit öffentlich-rechtlichen Sanktionen einschließlich empfindlicher Bußgelder bewehrt.⁸⁷

aa) Rechtswidrige Äußerungen

- 27 Teilweise knüpfen die einschlägigen Plattformgesetze an eine materiellrechtliche Rechtswidrigkeit der zu bekämpfenden Äußerung an. Das historisch wohl erste

⁸⁴ Vgl. oben I; Art. 17 Abs. 4 Buchst. c DSM-RL sowie EuGH, (YouTube und Cyando), C-682/18 und C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503, Rn. 102.

⁸⁵ Vgl. Art. 17 Abs. 9 DSM-RL; *Peukert/Brieske*, Coming into Force, not Coming into Effect? The Impact of the German Implementation of Art. 17 CDSM Directive on Selected Online Platforms, erscheint in *Weizenbaum Journal of the Digital Society* 2022/2023.

⁸⁶ Vgl. Europäische Kommission (Fn. 79).

⁸⁷ Unter anderem deshalb ist das Verhältnis zwischen Art. 17 DSM-RL und dem DSA problematisch; vgl. dazu Art. 2 Abs. 4 Buchst. b DSA sowie *Peukert u.a.*, European Copyright Society – Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal, IIC 2022, 358 ff.; *Janal*, Friendly Fire? Das Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz und sein Verhältnis zum künftigen Digital Services Act, GRUR 2022, 211 ff.

Beispiel für diese Herangehensweise bildet das NetzDG 2017, das nicht ohne Grund Netzwerkdurchsetzungsgesetz heißt. In der Entwurfsbegründung wird ausgeführt, die oben beschriebenen Selbstverpflichtungen der großen sozialen Netzwerke im Kampf gegen Hasskriminalität und andere strafbare Inhalte hätten zwar zu Verbesserungen geführt, diese reichten aber nicht aus.⁸⁸ Die Debattenkultur im Netz sei oft aggressiv, verletzend und nicht selten hasserfüllt. Hiergegen nicht vorzugehen berge eine große Gefahr für das friedliche Zusammenleben in einer freien, offenen und demokratischen Gesellschaft. Zur Erreichung dieses Ziels bedürfe es einer Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, um bestimmte strafbare Inhalte wie etwa Volksverhetzungen und Beleidigungen unverzüglich zu entfernen.⁸⁹ Zu diesem Zweck statuiert das NetzDG zahlreiche Pflichten, wie Anbieter großer sozialer Netzwerke (insbes. Facebook, YouTube und Twitter) mit Beschwerden über Äußerungen umzugehen haben, die den Tatbestand von 22 enumerativ aufgezählten Strafnormen erfüllen und nicht gerechtfertigt sind. Offensichtlich rechtswidrige Inhalte dieser Art müssen innerhalb von 24 Stunden nach einer Meldung gelöscht werden, sonstige rechtswidrige Inhalte in der Regel innerhalb von sieben Tagen. Über ihr Vorgehen haben die Netzwerkanbieter halbjährlich einen Transparenzbericht zu publizieren. Wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen diese Compliance-Pflichten verstößt, begeht eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit.⁹⁰

- 28 Bereits 2018 fand dieser Regulierungsansatz Eingang in das Unionsrecht. Im Zuge der Anpassung der Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste wurden die Mitgliedstaaten verpflichtet, „unbeschadet“ der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie dafür zu sorgen, dass Video-Sharing-Plattform-Anbieter (man denke wiederum an YouTube) „angemessene Maßnahmen“ treffen, um die Allgemeinheit vor nach Unionsrecht strafbaren Inhalten sowie vor Inhalten zu schützen, mit denen „zu Gewalt oder Hass gegen eine Gruppe von Personen oder

⁸⁸ RegE NetzDG (Fn. 53), S. 1 f.

⁸⁹ RegE NetzDG (Fn. 53), S. 1; Bundesregierung (Fn. 52), S. 6 („Schutz des demokratischen Diskurses in der Gesellschaft vor den destruktiven Auswirkungen strafbarer Hassrede und entsprechender Einschüchterungen“).

⁹⁰ Näher *Peukert*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz: Entwicklung, Auswirkungen, Zukunft, in: Spiecker gen. Döhm/Westland/Campos (Hrsg.), Demokratie und Öffentlichkeit im 21. Jahrhundert – zur Macht des Digitalen, 2022, S. 229 ff.

gegen ein Mitglied einer Gruppe aus einem der in Artikel 21 der Charta genannten Gründe aufgestachelt wird“.⁹¹

29 Gerade einmal vier Jahre nach dieser noch sehr allgemein gehaltenen und sowohl in der Sache als auch im Adressatenkreis recht begrenzten Verpflichtung zum Erlass nationaler Compliance-Gesetze vollzog die Union bereits den nächsten regulatorischen „Quantensprung“ und erließ mit dem DSA einen neuen, ungleich spezifischeren und umfangreicheren „Goldstandard“ der formell-hoheitlichen Plattform-Governance.⁹² Zweck der im Wesentlichen am 1.1.2024 in Kraft tretenden Verordnung ist es, „durch die Festlegung harmonisierter Vorschriften für ein sicheres, vorhersehbares und vertrauenswürdigen Online-Umfeld, in dem Innovationen gefördert und die in der Charta verankerten Grundrechte, darunter der Grundsatz des Verbraucherschutzes, wirksam geschützt werden, einen Beitrag zum reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts für Vermittlungsdienste zu leisten“.⁹³ Zur Erreichung dieser Ziele schreibt der DSA einerseits die Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-Richtlinie in leicht modifizierter Fassung fort (Kapitel II), andererseits werden Vermittlungsdienste und erstmals auch Suchmaschinen in Kapitel III zahlreichen Sorgfaltspflichten unterworfen. Primär gerichtet sind die Sorgfaltspflichten auf Maßnahmen gegen die Verbreitung rechtswidriger Inhalte einschließlich von Urheberrechtsverletzungen und strafbarer Hassrede.⁹⁴ Neben bereits etablierten Praktiken wie Melde- und Abhilfeverfahren, Beschwerdemanagementsystemen und Transparenzberichten werden auch neuartige Maßnahmen vorgeschrieben. Letztere betreffen vor allem sehr große Online-Plattformen und -Suchmaschinen mit einer durchschnittlichen monatlichen Zahl von mindestens 45 Millionen aktiven Nutzern in der Union. Solche VLOPs (very large online platforms) und VLOSEs (very large online search engines) haben den umfangreichsten Pflichtenkanon zu beachten. Insbesondere müssen sie ständig bewerten, inwiefern die Konzeption oder der Betrieb ihrer Dienste die Verbreitung rechtswidriger Inhalte begünstigt, und sie müssen ggf. angemessene, verhältnismäßige und wirksame Risikominderungsmaßnahmen ergreifen.⁹⁵

⁹¹ Art. 28b Abs. 1 Buchst. b und c AVMD-ÄRL.

⁹² *Denga* (Fn. 62), S. 594; *Schmid/Grewe*, Digital Services Act: Neues „Grundgesetz für Onlinedienste“, MMR 2021, 279; *Kaesling*, Evolution statt Revolution in der Plattformregulierung, ZUM 2021, 184 ff.

⁹³ Art. 1 Abs. 1 DSA.

⁹⁴ Vgl. ErwGrd. 2, 5, 9 S. 1 DSA.

⁹⁵ Art. 34 Abs. 1 Buchst. a, 35 DSA.

bb) Anderweitig schädliche Informationen und Tätigkeiten

- 30 Die Compliance-Pflichten des DSA zielen indes auch auf die Bekämpfung nicht rechtswidriger, aber „anderweitig schädliche[r] Informationen und Tätigkeiten“ ab, darunter insbesondere Desinformation und „diskriminierende“ Handlungen.⁹⁶ Insoweit hatte die Kommission zwar von einem „allgemeinen Einvernehmen“ unter den konsultierten Interessenträgern berichtet, wonach
- 31 „schädliche‘ (aber nicht oder zumindest nicht unbedingt illegale) Inhalte im Gesetz über digitale Dienste nicht definiert werden sollten und dass sie keiner Pflicht zur Entfernung unterliegen sollten, da es sich hierbei um einen heiklen Bereich handele, der schwerwiegende Auswirkungen auf den Schutz der Meinungsfreiheit habe.“⁹⁷
- 32 Dieses Stimmungsbild hielt den Unionsgesetzgeber aber nicht davon ab, das Compliance-Regime des DSA auch auf nicht gesetzwidrige, von der Informations- und Meinungsfreiheit gedeckte Äußerungen zu erstrecken. Bewerkstelligt wird dies zum einen durch die Regulierung der Dienste-AGB.⁹⁸ Vermittlungsdienste haben ihre AGB gem. Art. 14 Abs. 4 DSA unter Berücksichtigung der Rechte und berechtigten Interessen „aller Beteiligten ... sorgfältig, objektiv und verhältnismäßig“ anzuwenden. Damit ist zugleich ein allgemeiner gesetzlicher Standard für die ggf. automatisierte „Moderation von Inhalten“ aufgestellt, die legaldefiniert wird als „Tätigkeiten der Anbieter von Vermittlungsdiensten, mit denen insbesondere rechtswidrige Inhalte oder Informationen, die von Nutzern bereitgestellt werden und mit den allgemeinen Geschäftsbedingungen des Anbieters unvereinbar sind, erkannt, festgestellt und bekämpft werden sollen ...“⁹⁹.
- 33 Für VLOPs und VLOSEs geht der DSA noch einen erheblichen Schritt weiter. Für diese Dienste stellt der DSA nämlich neue materielle Standards für die präventiv-repressive Inhaltsmoderation auf – wohlgermerkt jenseits Rechtswidrigkeit. Dazu werden zwei Begriffe und Regelungskonzepte eingeführt, die dem deutschen und unionalen Kommunikationsrecht bisher fremd sind: das „Risiko“¹⁰⁰ und die „Krise“.

⁹⁶ ErwGrd. 5 S. 2, 9 S. 1, 40 S. 2, 68 S. 2 DSA.

⁹⁷ Europäische Kommission (Fn. 13), S. 10.

⁹⁸ Vgl. Art. 3 Buchst. u DSA und oben II.

⁹⁹ Vgl. Art. 3 Buchst. t (Hervorh. v. Verf.); vgl. auch Art. 17 Abs. 3 Buchst. d, e; 20 Abs. 1 DSA (mutmaßlich rechtswidrige und mutmaßlich mit AGB unvereinbare Informationen).

¹⁰⁰ Zum risikobasierten Ansatz vgl. parallel auch §§ 4 f. LkSG.

34 Gem. Art. 34 Abs. 1 S. 1 DSA sind VLOP- und VLOSE-Anbieter verpflichtet, alle systemischen Risiken in der Union, die sich aus der Konzeption oder dem Betrieb ihrer Dienste und seinen damit verbundenen Systemen, einschließlich algorithmischer Systeme, oder der Nutzung ihrer Dienste ergeben, ständig sorgfältig zu ermitteln, zu analysieren und zu bewerten. Stellen sie ein solch systemisches Risiko fest, müssen sie gem. Art. 35 Abs. 1 DSA zugeschnittene, angemessene, verhältnismäßige und wirksame Risikominderungsmaßnahmen ergreifen, insbesondere durch eine Anpassung ihrer AGB und Moderationsverfahren. Bereits der Verweis auf die AGB macht deutlich, dass der DSA-Begriff des Risikos nicht auf die Verbreitung rechtswidriger Inhalte beschränkt ist, zu deren Blockierung die Anbieter bereits kraft Gesetzes verpflichtet sind. Und in der Tat nennt Art. 34 Abs. 1 S. 3 DSA neben dem Risiko der Verbreitung rechtswidriger Inhalte drei weitere systemische Risiken, die sich nicht aus dem sonstigen materiellen Recht der Union oder der Mitgliedstaaten ergeben, sondern unmittelbar aus dem DSA.¹⁰¹ Hierbei handelt es sich um „tatsächliche oder vorhersehbare nachteilige Auswirkungen“

- auf die Ausübung der Charta-Grundrechte einschließlich der Diskriminierungsverbote des Art. 21 GRCharta und des Verbraucherschutzes gem. Art. 38 GRCharta (Buchst. b);
- „auf die gesellschaftliche Debatte und auf Wahlprozesse und die öffentliche Sicherheit“ (Buchst. c)
- sowie „in Bezug auf geschlechtsspezifische Gewalt, den Schutz der öffentlichen Gesundheit und von Minderjährigen sowie schwerwiegende nachteilige Folgen für das körperliche und geistige Wohlbefinden einer Person“ (Buchst. d).

35 Aus dem Wortlaut dieser Regelungen und den Erwägungsgründen ergibt sich, dass der DSA hiermit materielle Äußerungsregeln aufstellt, die sich bisher allenfalls in den Hassrede- und Desinformationskodizes fanden.¹⁰² Zugleich bilden die Verhaltenskodizes ein integrales prozedurales Element der DSA-Risikoprävention.

¹⁰¹ Vgl. auch ErwGrd. 84 S. 3 DSA (Informationen, „die zwar nicht rechtswidrig sind, aber zu den in dieser Verordnung ermittelten systemischen Risiken beitragen“).

¹⁰² Vgl. ErwGrd. 83 S. 2 („koordinierte[n] Desinformationskampagnen im Zusammenhang mit der öffentlichen Gesundheit“), 84 S. 4 („irreführende[r] oder täuschende[r] Inhalte, einschließlich Desinformation“) DSA.

Sind mehrere VLOPs und/oder VLOSEs von erheblichen systemischen DSA-Risiken betroffen, kann die Kommission die betreffenden Anbieter und „andere einschlägige Akteure“ auffordern, sich an der Ausarbeitung von Verhaltenskodizes zu beteiligen. Dabei können unter anderem auch Verpflichtungen zur Ergreifung spezifischer Risikominderungsmaßnahmen sowie ein Rahmen für die regelmäßige Berichterstattung über alle ergriffenen Maßnahmen und deren Ergebnisse festgelegt werden.¹⁰³ Im Falle eines systematischen Verstoßes gegen die Verhaltenskodizes können die Kommission und das Europäische Gremium für Digitale Dienste (im Folgenden: Gremium) die Unterzeichner der Verhaltenskodizes auffordern, kodexkonform zu agieren.¹⁰⁴ Verweigert ein Diensteanbieter „ohne angemessene Begründung“ die Unterzeichnung eines Verhaltenskodexes, kann dies als Zuwiderhandlung gegen den DSA gewürdigt und entsprechend sanktioniert werden.¹⁰⁵

36 Nochmals verstärkt und erweitert werden die Befugnisse der Kommission und des Gremiums im Falle einer „Krise“. Diese wird in Art. 36 Abs. 2 DSA definiert als „außergewöhnlicher Umstand“, der zu einer „schwerwiegenden Bedrohung der öffentlichen Sicherheit oder der öffentlichen Gesundheit“ in der Union oder in wesentlichen Teilen der Union führen kann. Während die COVID-19-Pandemie und der Ukraine-Krieg diese Voraussetzungen erfüllen dürften, erscheint dies für die Migrationskrise der Jahre 2014-2016 als Anlass für die Hassrede-Regulierung zweifelhaft und für die Wahl Trumps und das Brexit-Referendum (Stichwort „Fake-News“) eher fernliegend. Jedenfalls kann die Kommission, wenn sie einen DSA-Krisenfall für eingetreten erachtet, VLOPs und VLOSEs auf Empfehlung des Gremiums auffordern, den Krisenbeitrag des betreffenden Dienstes zu bewerten sowie gezielte, wirksame und verhältnismäßige Maßnahmen zur präventiven Verhinderung oder nachträglichen Begrenzung der Krise zu ermitteln und anzuwenden. Die Anwendung der betreffenden Maßnahmen wird von der Kommission sanktionsbewehrt überwacht.¹⁰⁶ Während der Krisenreaktionsmechanismus des Art. 36 DSA damit deutlichen Eingriffscharakter aufweist, sind die flankierenden Krisenprotokolle gem.

¹⁰³ Art. 45 Abs. 2 sowie ErwGrd. 104, 106 DSA (mit Verweis auf den Hassrede-Kodex und die Desinformationskodizes 2018, 2022).

¹⁰⁴ Art. 45 Abs. 4 UAbs. 3 DSA.

¹⁰⁵ Vgl. ErwGrd. 104 S. 6 sowie Art. 66 Abs. 1, 73 Abs. 1 Buchst. a, 74 Abs. 1 Buchst. a, 75 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 S. 3 DSA (Verpflichtungszusage, sich an einem einschlägigen Verhaltenskodex zu beteiligen).

¹⁰⁶ Art. 36 Abs. 7 DSA.

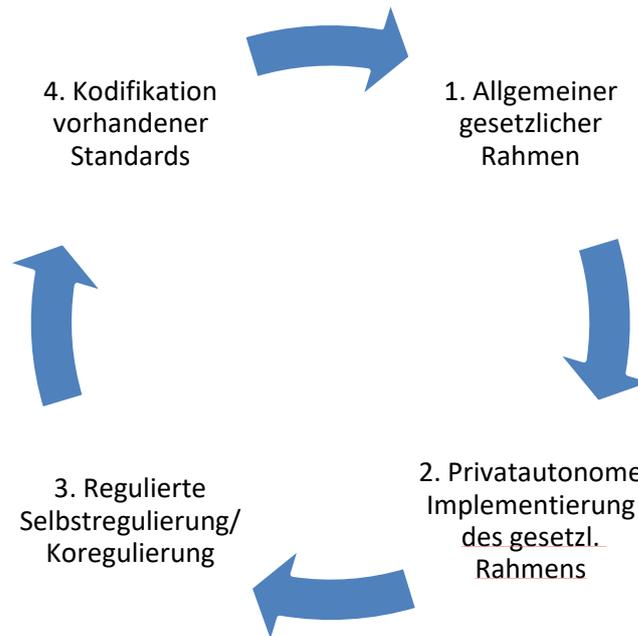
Art. 48 DSA stärker vom Gedanken regulierter Selbstregulierung geprägt, dafür aber noch weitergehend und experimenteller. Insbesondere soll die Kommission die Ausarbeitung, Erprobung und Anwendung „freiwilliger“ Krisenprotokolle über die „hervorgehobene Darstellung von Informationen über die Krisensituation, die von den Behörden der Mitgliedstaaten oder auf Unionsebene oder je nach Krisenkontext von anderen einschlägigen zuverlässigen Stellen bereitgestellt werden“ fördern und erleichtern.¹⁰⁷

- 37 Insgesamt zeigt sich, dass der DSA als Scharnier zwischen hybrid-informeller Regulierung qua Verhaltenskodex und klassisch-hoheitlicher Eingriffsverwaltung fungiert, und zwar speziell für den besonders „heiklen“, meinungsbildungsrelevanten Bereich der nicht rechtswidrigen, aber irgendwie doch „schädlichen“ öffentlichen Äußerungen auf sehr großen Online-Plattformen und Suchmaschinen. Die Unterzeichnung und Einhaltung „freiwilliger“ Verhaltenskodizes wird zum Maßstab zwingender rechtlicher Compliance. Zugleich wird der Bereich experimenteller Regulierung der öffentlichen Meinungsbildung noch weiter ausgedehnt. Das vorläufige Maximum unionaler Plattformregulierung bilden demnach „freiwillige“ Krisenprotokolle zur hervorgehobenen Darstellung „zuverlässiger“ Informationen. Damit vollzieht das Unionsrecht den Schritt von der negativen Repression rechtswidriger und schädlicher Inhalte zur positiven Pflicht zur Vermittlung bestimmter, autorisierter Inhalte.

III. Zusammenfassung und Bewertung

- 38 Die Darstellung der Modi der Plattformregulierung in den Bereichen Urheberrecht, Hassrede und Desinformation in der EU ergab für alle drei Sachgebiete eine Abfolge von vier Phasen, die sich grafisch wie folgt illustrieren lässt:

¹⁰⁷ Art. 48 Abs. 2 S. 2 Buchst. a, ErwGrd. 108 DSA.



39 In den ersten drei Regulierungsphasen dominierten demnach jeweils verschiedene Akteure. Bis zum Jahrtausendwechsel war es die Legislative, die einen allgemeinen gesetzlichen Rahmen für die Online-Kommunikation in Gestalt von Äußerungsverboten und Haftungsprivilegierungen absteckte. Dieser Rahmen wurde im folgenden Jahrzehnt von den Betreibern der neu entstehenden Plattformen unter Ausnutzung ihres privatautonomen Gestaltungsspielraums implementiert. In der dritten Phase ab ca. 2010 verschärfen die Judikative und die Exekutive die sich aus dem allgemeinen gesetzlichen Rahmen ergebenden Mindestanforderungen an die Bekämpfung von Urheberrechtsverletzungen, Hassrede und Desinformation. In der letzten Phase des Regulierungskreislaufs ab 2017/2018 ergriff wieder der Gesetzgeber die Initiative, indem die Standards, die in den Phasen zwei und drei entwickelt worden waren, kodifiziert und teilweise nochmals angehoben wurden. Dabei kam es in den letzten Jahren allerdings zu gesondert untersuchungswürdigen Überlappungen und gegenseitigen Beeinflussungen der Maßnahmen bzw. Akteure, namentlich im Urheberrecht (Auslegung von Art. 3 InfoSoc-RL 2001/29, Erlass und Umsetzung des Art. 17 DSM-RL 2019/790 sowie Entscheidung über die Gültigkeit dieser Vorschrift) und im Desinformationsrecht (Stärkung des Verhaltenskodexes und Erlass des DSA).

40 Der Kreislauf der unionalen Plattformregulierung ist mit den jüngsten gesetzgeberischen Maßnahmen auch nicht zu seinem Ende gekommen. Vielmehr ist

bereits erkennbar, dass sich nun wieder eine eher experimentell-tastende Phase privatautonomer Implementierung und ko-regulativer Fortentwicklung des neuen gesetzlichen Rahmens anschließt. So hat der EuGH aus der Garantie unternehmerischer Freiheit der Diensteanbieter und dem Gebot, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den kollidierenden Grundrechten der Nutzer und Urheberrechtsinhaber zu wahren, eine explizite „Notwendigkeit“ gefolgert, es den Diensteanbietern zu überlassen, welche konkreten Maßnahmen sie zur Einhaltung ihrer neuen urheberrechtlichen Compliance-Pflichten ergreifen.¹⁰⁸ Ein anschauliches Beispiel für die insoweit immer noch bestehenden Spielräume liefert YouTubes Urheberrechtstransparenzbericht, der verschiedene, mehr oder weniger automatisierte Urheberrechtsmanagementsysteme für jeweils verschiedene Gruppen von Rechtsinhabern darstellt.¹⁰⁹ Auch die Risiko- und Krisenmechanismen des DSA verweisen auf „bewährte Verfahren“ und von den VLOPs und VLOSEs im Einzelnen zu wählende Maßnahmen.¹¹⁰ Zugleich sollen Kommission und Gremium die Ausarbeitung neuer freiwilliger Normen über die Implementierung der DSA-Sorgfaltspflichten und neuer freiwilliger Verhaltenskodizes zur Bekämpfung rechtswidriger Inhalte und systemischer Risiken fördern.¹¹¹

- 41 In der Gesamtschau bestätigt die hiesige Analyse drei Großtrends der Digitalregulierung in der EU. Erstens betreffen die regulatorischen Aktivitäten überwiegend nicht das materielle Recht, also die Frage, was verboten ist, sondern die Rechtsdurchsetzung – im Kontext der Online-Plattformen das Wie der Inhaltmoderation. Besonders deutlich wird dies im DSA als neuem Goldstandard der Internetregulierung, dessen prozedurale Compliance-Pflichten horizontal auf sämtliche Arten rechtswidriger Informationen Anwendung finden. Zweitens konnte gezeigt werden, dass sich regulatorische Innovationen vornehmlich in privaten Plattform-AGB und hybrid-ko-regulativen Verhaltenskodizes vollziehen, während das formelle Gesetz eine eher nachträglich stabilisierende Rolle spielt. Die Dynamik der Online-Kommunikation und ihre Abwicklung über Codes/Algorithmen bedingen serielle Anpassungen der Plattformprozeduren, die in trägen und notwendig generell-

¹⁰⁸ EuGH, (Polen/Rat und Kommission), C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 75.

¹⁰⁹ YouTube Copyright Transparency Report H2 2021 (Fn. 27), S. 1.

¹¹⁰ Vgl. Art. 35 Abs. 2 S. 2 Buchst. b, Abs. 3; 36 Abs. 5 DSA.

¹¹¹ Vgl. Art. 44 f. DSA.

abstrakten Legislativverfahren nicht zu leisten sind.¹¹² Drittens sind die Anforderungen an Online-Dienste stetig gewachsen. Dieser Befund betrifft die zu implementierenden Blockierverfahren (auch präventiv-automatisch), die Art der zu blockierenden Inhalte (neben rechtswidrigen Informationen auch „schädliche“ Hassrede und Desinformation) und nicht zuletzt das gegenläufige Verbot, gesetz- und vertragskonforme Äußerungen zu unterbinden.¹¹³ Die Gleichzeitigkeit der Verbote falsch-negativer und falsch-positiver Moderationsentscheidungen erzeugt in Anbetracht milliardenfacher Kommunikationsvorgänge eine Zwickmühle, die auch für globale Big Tech-Unternehmen eine Herausforderung darstellt.

- 42 Für eine Bewertung dieser vielschichtigen Entwicklungstendenzen ist hier nicht der Raum. Mit aller Vorsicht wird sich aber immerhin sagen lassen, dass die unionalen Regulierungsinstrumente und -strategien nicht über jeden Zweifel erhaben sind.
- 43 Einerseits gibt es durchaus positiv zu würdigende Aspekte, insbesondere mit Blick auf den DSA. Zunächst räumt der DSA mit dem noch immer verbreiteten Vorurteil auf, Online-Plattformen und Suchmaschinen nähmen als neutrale Vermittler keinen Einfluss darauf, wer welche Inhalte zu sehen bekommt.¹¹⁴ Die in der Tat notwendige Regulierung dieses für die öffentliche Meinungsbildung äußerst wichtigen Verhaltens umfasst nunmehr richtigerweise auch die Pflicht zur Gewährleistung rechtsgleicher Meinungsfreiheit und Medienpluralität, die für die freiheitlich-demokratische Staatsordnung unverändert „schlechthin konstituierend“ sind.¹¹⁵ Schließlich verrechtlicht der DSA bis anhin informelle und intransparente Einflussnahmen der

¹¹² Zum quantitativen und qualitativen Primat privater Standards der Online-Kommunikation siehe *Wielsch*, Die Ordnungen der Netzwerke. AGB – Code – Community Standards, in: Eifert/Gostomzyk (Hrsg.), *Netzwerkrecht*, 2018, S. 61 (68 f.); *Riis/Schovsbo* (Fn. 9), S. 46-48; *Vesting/Campos* (Fn. 1), S. 19-21 (serielles Recht). Zur Medialität digitalen Rechts allgemein siehe die Nachweise in *Peukert/Kettemann*, Introduction: The Law of Global Digitality, in: *Kettemann/Peukert/Spiecker gen. Döhmann* (Hrsg.), *The Law of Global Digitality*, 2022, S. 1 (4 f.).

¹¹³ Zu dieser Plattformregulierung neuen Typs vgl. Art. 17 Abs. 7 und 9 DSM-RL und EuGH, (Polen/Rat und Kommission), C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 99; ferner § 3b NetzDG und Art. 20 Abs. 4 DSA; aus vertrags- und grundrechtlicher Sicht BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 93 ff.

¹¹⁴ Vgl. einerseits Art. 3 Buchst. s DSA; *Carvalho/Negócio*, Wer macht die Regeln? Zur emergenten Normativität der digitalen Plattformen, *Rechtswissenschaft 2021*, 452 (459) (algorithmische Normativität); *Epstein*, Manipulating minds: The power of search engines to influence votes and opinions, in: *Moore/Tambini* (Hrsg.), *Digital dominance: Implications and risks*, 2018, S. 293 ff.; andererseits *Vesting/Campos* (Fn. 1), S. 18 (bei Suchmaschinen verschwinde jede Art einer zentralen, redaktionellen Entscheidung) und *Habermas*, Reflections and Hypotheses on a Further Structural Transformation of the Political Public Sphere, *Theory, Culture & Society* 39(4) (2022), 145 (159).

¹¹⁵ Art. 34 Abs. 1 S. 3 Buchst. b DSA i.V.m. Art. 11 GRCharta; ferner BVerfGE 7, 198 – Lüth.

Exekutive auf die Empfehlungs- und Moderationstätigkeit von VLOPs und VLOSEs und stärkt damit die Rechtsstaatlichkeit der Plattformregulierung.¹¹⁶

- 44 Andererseits schreibt der DSA problematische Aspekte der vorherigen Regulierungsphasen fort und verschärft diese sogar. So lassen die Risikobegrenzungs- und Krisenreaktionsmechanismen des DSA weithin offen, wie Entscheidungen zustande kommen, und wer die Verantwortung für eine bestimmte Maßnahme trägt.¹¹⁷ Eine wirksame externe, insbesondere parlamentarische Kontrolle der seriell-ko-regulativen Governance der öffentlichen Debatte sieht der Rechtsakt ebenfalls nicht vor.¹¹⁸ Bereits die prozeduralen Sorgfaltspflichten der Dienste im Hinblick auf jedweden rechtswidrigen Inhalt sind so umfangreich und detailliert, dass den Plattformbetreibern nur noch geringe Autonomieräume verbleiben, um ihre Dienste bedürfnisgerecht fortzuentwickeln.¹¹⁹

¹¹⁶ Diese Einflussnahmen sind nach jüngeren Erkenntnissen nicht auf die Ermunterung oder Aufforderung zum Abschluss einschlägiger Verhaltenskodizes beschränkt, sondern betreffen auch ganz konkrete Moderationsmaßnahmen. Vgl. Wall Street Journal v. 12.8.2022, The White House and Twitter Censorship, <https://www.wsj.com/articles/biden-and-twitter-censorship-alex-berenson-covid-vaccines-white-house-social-media-11660335186>; The Intercept v. 31.10.2022, Truth Cops, <https://theintercept.com/2022/10/31/social-media-disinformation-dhs/>; FAQ des BMI: Desinformation im Kontext des russischen Angriffskrieges gegen die Ukraine, 22.8.2022, <https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/FAQ/faq-desinformation-russischer-angriffskrieg-gegen-die-ukraine.html> („Die Bundesregierung steht dazu in einem regelmäßigen Austausch mit den Plattformbetreibern“).

¹¹⁷ Siehe Art. 35 Abs. 3 (Kommission in Zusammenarbeit mit den nationalen Koordinatoren für digitale Dienste nach öffentlicher Konsultation), 36 Abs. 10 (Kommission trägt etwaigen Stellungnahmen des Gremiums „weitestgehend“ Rechnung), , Art. 48 Abs. 3 (die Kommission bezieht „gegebenenfalls“ Behörden der Mitgliedstaaten, sonstige Stellen der Union „oder andere einschlägige Organisationen“ in die Ausarbeitung von Krisenprotokollen ein), Art. 62 Abs. 5 S. 1 (das Gremium kann Sachverständige und Beobachter zu seinen Sitzungen einladen und mit anderen Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie Beratergruppen und gegebenenfalls mit externen Sachverständigen zusammenarbeiten) DSA. Zur Verantwortlichkeit („accountability“) für private Regeln als Legitimationsgrund und -problem privater und hybrider Regulierung *Eifert* (Fn. 7), Rn. 60; *Bachmann* (Fn. 7), S. 58 ff., 157 ff., 392.

Für ein Gegenbeispiel eines klar geregelten Zusammenspiels freiwilliger Selbstregulierung mit gesetzlichen Verhaltenspflichten vgl. ErwGrd. 20, Art. 2 Buchst. f und g, 6 Abs. 2, 10 Richtlinie 2005/29/EG v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. L 149 v. 11.6.2005, S. 22, mit Änderungen (Haftung für irreführende Angaben über die Beteiligung an privat vereinbarten Verhaltenskodizes); dazu etwa *Alexander*, Verhaltenskodizes im europäischen und deutschen Lauterkeitsrecht, GRUR-Int. 2012, 965 ff.

¹¹⁸ Dazu kritisch *Peukert*, Zu Risiken und Nebenwirkungen des Gesetzes über digitale Dienste (Digital Services Act), Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV) 105 (2022), 57 (77-81). Zur möglichen Einrichtung sog. Plattformräte vgl. Bundesregierung (Fn. 68), S. 12.

¹¹⁹ Für den Erhalt selbstregulativer Spielräume *Ladeur*, Netzwerkrecht als neues Ordnungsmodell des Rechts – nach dem Recht der Gesellschaft der Individuen und dem Recht der Gesellschaft der Organisationen, in: *Eifert/Gostomzyk* (Hrsg.), Netzwerkrecht, 2018, S. 169 (176) (Rolle des Staates müsse aus prinzipiellen und pragmatischen Gründen begrenzt bleiben); *Riis/Schovsbo* (Fn. 9), S. 47 f.; *Vesting/Campos* (Fn. 1), S. 11 f.

- 45 Sowohl rechtlich als auch rechtspolitisch hochgradig problematisch erscheint schließlich die Erstreckung des DSA-Regimes auf nicht rechtswidrige, aber sonst „schädliche“ Informationen wie insbesondere Hassrede und Desinformation.¹²⁰ Zwar dürfen die Betreiber von Online-Plattformen und Suchmaschinen legale, aber aggressive, inhaltlich falsche oder irreführende Informationen blockieren.¹²¹ Eine hoheitliche Anordnung, von der Meinungsfreiheit gedeckte Inhalte zu unterdrücken, wurde aber bisher schon mangels Rechtsgrundlage zu Recht für verfassungswidrig gehalten.¹²² Der DSA wirft insoweit zwei neue Fragen auf: Sind Blockierungen legaler Äußerungen der EU zuzurechnen, weil die Plattformanbieter hiermit ihren DSA-Pflichten nachkommen wollen?¹²³ Und wenn ja, bieten die Legaldefinitionen des systemischen Risikos und der Krise eine hinreichend bestimmte und im Übrigen verhältnismäßige Rechtsgrundlage zur Einschränkung der Informations- und Meinungsfreiheit? Meines Erachtens ist die erste Frage zu bejahen, die zweite hingegen zu verneinen, was zur Folge hat, dass die auf legale, aber „schädliche“ Inhalte zugeschnittenen Vorschriften des DSA grundrechtswidrig und nichtig sind.
- 46 Und selbst wenn man die hoheitlich-hybride Bekämpfung irgendwie „schädlicher“, aber nun einmal rechtskonformer Äußerungen für rechtskonform erachtet, so macht dieses Vorgehen deshalb noch lange keinen Sinn. Denn damit beschwört die EU die Gefahr von Ausweichbewegungen auf nicht oder weniger intensiv moderierte Dienste (→ Gettr, Telegram, Rumble etc.) herauf, was die gesellschaftliche Polarisierung nur noch weiter verstärkt. Vorzugswürdig erscheint demgegenüber eine schlankere, ganzheitliche Regulierung digitaler Plattformen auf der Basis von drei Prinzipien: erstens der Verpflichtung zu auch präventiv-automatischen Maßnahmen gegen offensichtlich rechtswidrige Inhalte; zweitens dem Verbot willkürlicher Moderationsentscheidungen; und drittens der Pflicht zur Einrichtung transparenter und wirksamer Melde- und Beschwerdeverfahren zur Abwicklung der beschränkten

¹²⁰ Befürwortend hingegen z.B. *Hong*, Hassrede und Desinformation als Gefahr für die Demokratie – und die Meinungsfreiheit als gleiche und positive Freiheit im Zeitalter der Digitalisierung, *Rechtswissenschaft* 2022, 126 (173); *Kuhlmann/Trute* (Fn. 64), S. 115.

¹²¹ Oben II.

¹²² *Wielsch* (Fn. 112), S. 70; *Cornils*, *Designing platform governance*, 2020, S. 32; *Ferreau* (Fn. 62), S. 209.

¹²³ Für Art. 17 DSM-RL bejahend EuGH, (Polen/Rat und Kommission), C-401/19, ECLI:EU:C:2022:297, Rn. 50 (etwaiges Overblockung „unmittelbare“ Folge der Vorschrift); allgemein *Eifert* (Fn. 7), Rn. 163 (Zurechnungsfrage bei komplexen Steuerungsmechanismen sehr umstritten).

Blockiergebote und -verbote.¹²⁴ Freilich gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Digitalpolitik der EU in den hier betrachteten Feldern in absehbarer Zukunft in eine Phase der Deregulierung münden könnte. Vielmehr steht zu befürchten, dass die nächste Regulierungsrunde zu noch mehr hoheitlicher Kommunikationskontrolle führt.

¹²⁴ Zu den beiden letztgenannten Pflichten als Ausdruck praktischer Grundrechtskonkordanz BGH, ZUM 2021, 953 Rn. 80 ff.